Vom Erfolg der Freirechtsbewegung,

ein Beitrag zur Rechtsquellen- und Methoden-Lehre.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

WILHELM KOCH
Gerichtsreferendar aus Mühlhausen i. Thür.

Marburg 1930

Druck von Rudolf Sayle, Mühlhausen i. Thür.

Als Dissertation von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 10. Mai 1930.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Professor Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern!

Inhalts-Übersicht:

A. Freirechtsbewegung als Rechtsquellen- und Methodenbewegung in ihrer Entwicklung und ihrer Stellung zu anderen Lehren (9).

I. Die Freirechtsbewegung:
Ihre Vorgeschichte:
Adickes (10); Bülow (11); Schloßmann (12); G. Rümelin (13); Ehrlich (14).

Die Auffassung Kantorowicz' (15); der „Kampf um die Rechtswissenschaft", Einstellung zu Rechtsquellenlehre und Geschichtsforschung (15).

Die contra legem-Fabel und ihre Bewertung (18); die Freirechtsbewegung als Methodenlehre; Historismus (Savigny) und Freirechtslehre (19).

Reichels Stellung (23).

II. Die Interessenjurisprudenz und ihre Entwicklung:

Jhering, Schloßmann (25); Müller-Erzbachs „reale Methode" (25); Müller-Erzbach und Kantorowicz (27), Stampe und Reichel (28).

Interessenjurisprudenz und Freirechtsbewegung in ihrer Zusammengehörigkeit (28), die Gleichartigkeit der Ziele; der Angriff Brütts (29).

III. Die beiden Schulrichtungen in Interessenjurisprudenz und Freiheitsbewegung:
Müller-Erzbach und Kantorowicz in ihrer Einstellung zur herrschenden Lehre (31), ihr individualistischer Rationalismus; die Verwandtschaft ihrer Auffassungen mit der Naturrechtslehre (31).

Reichel und Stampe als grundsätzliche Vertreter der herrschenden Rechtsquellenlehre (33).

Die soziologische Jurisprudenz (34).

IV. Das Ziel auch der Freirechtsbewegung als Rechtsquellen- und Methodenbewegung ist die Lösung der Frage nach der gerechten Fallentscheidung:

Die Entwicklung der Frage nach dem r i c h t i g e n R e c h t (35); Griechen, Römer, Raimundus Lullus (36); Savignys Stellung (37); Herder (37).

Die Entwicklung der Frage nach der r i c h t i g e n R e c h t s a n w e n d u n g: das Dogma von der naturrechtlichen (38) und von der logischen (39) Geschlossenheit des Rechts; Savignys Einstellung (39) und Manigks Zusammenfassung der Aufgaben des Modernismus (40).

V. Die Krisis der Justiz in diesem Zusammenhange (41).

B. Die Darstellung der herrschenden Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre und ihrer Brauchbarkeit für die Lösung des Problems: Gesetz und Richter.

Herder (42); Universalismus — Individualismus (43); die Synthese: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit (43).

I. Die Rechtsquellenlehre und das „richtige Recht":
Gewohnheits- und Gesetzesrecht: der Positivismus, Bergbohm (44); G. Rümelins Gestattungstheorie, Zitelmann (45); Savigny (46); der Mangel der Kenntlichkeit beim Gewohnheitsrecht.

Die Darstellung der herrschenden Lehre im Sinn einer Weiterbildung (46).

Kaufmann's Ansicht und ihre Kritik (52); Zusammenfassung (53).

II. Die herrschende Rechtsanwendungslehre und die gerechte Fallentscheidung (53).

Statisches und dynamisches Recht (55).

Die Rechtsordnung: Entwicklung, Erscheinungsform und Aufgaben (56).

Die Eignung der Rechtsprechung zur Ergänzung und Fortbildung des Rechts (58), Analogie als Mittel zur Lückenergänzung.
Beispiele rechtschaffender lückenergänzender Rechtsprechung: die vorbeugende Unterlassungsklage (61); die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß (62).

Die Auffassung von der Berechtigung des Richters zur Entscheidung contra legem:

Die „Gerechtigkeit der Posivität" (63); Revolution und Evolution (64); die methodologische Verschiedenheit von der Ansicht der Freirechtler (65); das Problem des Rechtsbruches; die Beurteilung des in § 1 GVG. und in Art. 102 RV. 1919 enthaltenen Grundsatzes der Gesetzesunterworfenheit des Richters (65).

Beispiele für die Bildung von Recht contra legem durch Spruchrecht: die Aufwertungsentscheidungen; der Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB. (68); die Durchbrechung der Rechtskraft und die Entfaltung des Inhalts des § 826 BGB. (70).

Schrifttum:

Adickes, Franz: Zur Lehre von den Rechtsquellen, Kassel 1872;

Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919; 11. Auflage, Berlin 1929;

Bergbohm, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892;

Berolzheimer, Fritz: Die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz, Berlin 1907;

Binder, Julius: Philosophie des Rechts, Berlin 1925;

Bovensiepen, Rudolf: Analogie; im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (H. d. RW.) Band I, S. 428;

Brütt, Lorenz: Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907;

Bülow, Oskar: Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885;

Danz, E.: Rechtsprechung nach der Volksanschauung und dem Gesetze, Jherings Jahrb. 1909, Bd. 54, S. 1 ff.;

Ehrenberg, Viktor: Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft; Göttinger Rede, Göttingen 1903;

Ehrlich, Eugen: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig 1903. — Grundlegung der Soziologie des Rechts, Leipzig 1929;

Fehr, Hans: Recht und Wirklichkeit, Potsdam 1927. — Statisches und dynamisches Recht, Heft 4 des Jahrgangs 1929 „Krisis der Justiz" der Süddeutschen Monatshefte;

Fuchs, Ernst: Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe 1912. — Richterkönigtum, Reichsgericht und Juristenbildung, Zeitschr. „Die Justiz", Band I, Heft 1, S. 22 ff.;

Glungler, Wilhelm: Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung, 2. Auflage, München 1929;

Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz): Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906;

Goldschmidt, James: Gesetzesdämmerung, Jurist. Woch. 1924, S. 245, 343;

Hedemann, Justus Wilhelm: Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Leipzig 1927;

Heck: Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, D. Jur. Ztg. 1910/1140;

Herder, J. G.: Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit, 1774. — Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit, 1785. — Verstand und Erfahrung. Eine Metakritik zur Kritik der reinen Vernunft, 1799;

Isay, Hermann: Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929;

Jung, Erich: Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912. — Bürgerliches Recht, erscheint 1930 in der von Stammler neu herausgegebenen Birkmeyer'schen Enzyklopädie. — Das sogenannte Ge-

wohnheitsrecht als Grundlage der Rechtsquellenlehre, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 22, Heft 2. — Rechtsregel und Rechtsgewissen, Arch. f. d. zivil. Praxis, Bd. 118, S. 1 ff. — Wesen und Bedeutung des schuldrechtlichen Grundes (§ 812) für die Systematik des Privatrechts; Festgabe der Fakultäten für das Reichsgericht: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Bd. III, S. 143 ff.;

Kantorowicz, Hermann: Die contra legem — Fabel; Deutsche Richterzeitung 1911, S. 258. — Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, Mannheim 1925. — Was ist uns Savigny? Zeitschr. für Recht und Wirtschaft, 1912, S. 47 ff, S. 76 ff.;

Kaufmann, Erich: Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung; Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1927, Heft 3, S. 1 ff.;

Kohler, Josef: Die schöpferische Kraft der Jurisprudenz, Jher. Jahrb. Bd. 25, S. 262;

Landsberg, Ernst: Die Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft; München, Berlin 1898, 1910;

Lazarsfeld, Robert: Das Problem der Jurisprudenz, Wien 1908;

Manigk, Alfred: Savigny und der Modernismus im Recht, Berlin 1914. — Was ist uns Savigny? Zeitschr. f. Recht und Wirtschaft, Berlin 1912, S. 174 ff., S. 199 ff. — Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Berlin 1926. — Die Idee des Naturrechts; Festgabe für Stammler, S. 1 ff. — Aus dem Handwörterbuch der Rechtswissenschaft: Auslegung; Band 1, S. 428 ff.; Formalismus und Freirechtsschule, Band II, S. 475 ff.; Interessenjurisprudenz, Band III, S. 309 ff. — Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen; Festgabe der Fakultäten für das Reichsgericht, Band VI, S. 94 ff. — Juristische Aufgaben der Rechtsphilosophie, Jur. Woch. 1930, S. 234 ff. — Besprechung von Adolf Stoll's: Friedrich Karl von Savigny, in der Savigny-Zeitschrift, Rom. Abt., 1930;

Müller-Erzbach, Rudolf: Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt; Berlin 1905. — Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, Jher. Jahrb. Bd. 53, S. 330. — Gefühl und Vernunft als Rechtsquelle, 1913, Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 73, S. 429 ff. — Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, Festgabe d. Fak. f. d. RG., Bd. II, S. 161 ff. — Rechtsfindung auf realer Grundlage, Deutsche Jur. Ztg. 1906, S. 1235;

Oertmann, Paul: Volksrecht und Gesetzesrecht, Dresden 1898;

Pommer, Alfred: Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung und Folgerungen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung über die Natur des Gewohnheitsrechts; Marburger Dissertation 1929;

Reichel, Hans: Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915. — Zur Freirechtsbewegung; Deutsche Richterzeitung, 1910 S. 463 ff.;

Rümelin, G.: Das Gewohnheitsrecht; Jher. Jahrb. Bd. 27, S. 153. — Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, Freiburg 1912;

Rümelin, Max: Gesetz, Rechtsprechung und Volksbetätigung auf dem Gebiete des Privatrechts; Arch. f. zivil. Praxis, Bd. 122, S. 162. — Die Gleichheit vor dem Gesetz, Tübingen 1928;

Rumpf, Max: Zum jetzigen Stande der Lehre von der adäquaten Verursachung im Zivilrecht; Jher. Jahrb. Bd. 49, S. 333 ff., bes. 390 ff.;

Ross, Alf: Theorie der Rechtsquellen, Leipzig 1929;

Saleilles, Raymond: Einführung in das Studium des deutschen bürgerlichen Rechts; übersetzt von Rudolf Leonhard; Heft 14 der „Studien", Breslau 1905;

Schlossmann, Siegmund: Die Lehre von der Stellvertretung, 2 Bände, Leipzig 1900, 1902. — Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB.; Jena 1903;

Schneider, K.: Die ursprüngliche Grundlage des richterlichen Urteils, das Rechtsgefühl; Zeitschr. f. d. deutschen Zivilprozeß, 1911, Bd. 41, Seite 297;

Schönfeld, Walter: Die logische Struktur der Rechtsordnung; Leipzig 1927;

Schultzenstein, S.: Friedrich Karl v. Savigny; Berlin 1930;

Stammler, Rudolf: Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902. — Theorie der Rechtswissenschaft, Halle 1911. — Wirtschaft und Recht; Leipzig 1896;

Stampe, Ernst: Gesetz und Richtermacht; D. Jur. Ztg., Bd. X, 1905, S. 1017. — Rechtsfindung durch Konstruktion; D. Jur. Ztg., 1905, S. 417. — Rechtsfindung durch Interessenabwägung; D. Jur. Ztg. 1905, S. 713;

Stier-Somlo, Fritz: Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle; Berlin 1900;

Zitelmann, Ernst: Gewohnheitsrecht und Irrtum; Arch. f. d. zivil. Praxis; 1883, Bd. 66, S. 323 ff. — Lücken im Recht; Leipzig 1903.

A. Die Freirechtsbewegung als Rechtsquellen- und Methodenbewegung in ihrer Entwicklung und in ihrer Stellung zu anderen Lehren.

I.

Wie steht es um die Freirechtsbewegung? Haben wir schon den erforderlichen Abstand gewonnen, um sie, ihre Entwicklung und ihren Erfolg geschichtlich einzuordnen und zu werten? Ihre Würdigung ist nötig angesichts zahlreicher Unklarheiten in den Reihen ihrer Anhänger und ihrer Kritiker.

Daß das Dogma von der logischen Geschlossenheit des Rechts überwunden sei, stellt Jung[1]) als einen Erfolg der Freirechtsbewegung, Rechtsquellenbewegung, fest. — Hedemann[2]) hält den Erfolg, den die freirechtliche Bewegung zunächst gehabt habe, für außerordentlich stark. In der Folge sei indes die Bewegung in gemäßigtere Bahnen gekommen, es seien gemäßigte, würdige Gelehrte, ernste führende Praktiker zu ihr übergegangen, Übertreibungen und Einseitigkeiten beiseite lassend.

Der Erfolg einer rechtswissenschaftlichen Bewegung wie der freirechtlichen will indes mehr sein als bloße Anerkennung bei einzelnen Wissenschaftlern. Hier ist der am meisten anerkannte und als objektiv zu würdigende Gradmesser das Urteil des höchsten Gerichts, wenn es in seinen Entscheidungen den Belangen einer Bewegung entgegenkommt. — So pflegen Hedemann und Fuchs zahlreiche Entscheidungen des Reichsgerichts als freirechtlichem Geist entsprungen zu bezeichnen.

Beruht es nicht auf einer Verkennung der geschichtlichen Entwicklung, für eine Bewegung etwas als Erfolg in Anspruch zu nehmen, von dem durchaus nicht feststeht, ob er dieser Bewegung gebührt?

Wenn Jung die Freirechtsbewegung als Rechtsquellenbewegung bezeichnet, so tut er das mit vollem Recht: Die Forderung der Verpflichtung des Richters zur contra legem-Entscheidung, selbst wenn diese These in das Reich der Fabel verlegt wird, war gerade diejenige, die den Kampf um die Rechtswissenschaft mit dieser Schärfe hatte entbrennen lassen. Selbst wenn man zugäbe, daß diese These aus einer allerdings gerade in ihrem entscheidendsten Punkt unbegreiflichen mangelhaften Formulierung des Programms heraus mißverstanden worden ist, müßte man Gnaeus Flavius für diese Mißverständlichkeit gerade dankbar sein.

Über den wissenschaftlichen Wert dieser Schrift des Gnaeus Flavius[3]) besteht wohl keine Meinungsverschiedenheit mehr; aber

[1]) Bürgerliches Recht, Birkmeyers Enyklopädie, neu herausgegeben von Stammler; erscheint 1930.
[2]) Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin 1927, S. 51 ff., S. 200.
[3]) Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.

das muß man zugeben, daß weder die wissenschaftlichen Erörterungen der Vertreter der Interessenjurisprudenz Müller-Erzbach und Stampe noch die des Neuerers Rumpf, die den Bonner Professor Landsberg[1]) zu seinem Feurio!-Ruf veranlaßten, für die Entwicklung der Rechtsquellen- und Methodenlehre von solcher Bedeutung geworden sind wie diese kleine, aufreizende Agitationsschrift von Gnaeus Flavius.

Wenn man damals dessen Auffassung auch ablehnte, so war man doch von dem Ernst dieses Mannes überzeugt, der — und es ging ihm nicht allein so — von dem geltenden Recht nur wenig erwartete. Berufenere als er hatten schon früher gegen die Allmacht des Gesetzes Stellung genommen, und nach ihm noch 1915 hatte sich der Freirechtler Reichel[2]) nicht gescheut, aus seiner inneren Überzeugung heraus die Freiheit des Richters vom Gesetz zu fordern.

Schon vor Gnaeus Flavius und seinen näheren Anhängern der Freirechtsbewegung, die diese als etwas Neues, Eigenes, von jedem Vorbild Freies in allen ihren Schriften behandeln, gab es eine Entwicklung, als deren Endstufe Gnaeus Flavius seine Schrift ausgab.

Zuerst war es der später für Justizreform eintretende Franz Adickes[3]), der in seiner 1872 erschienenen Schrift „Zur Lehre von den Rechtsquellen" die Auffassung vertrat, daß neben den überlieferten Rechtsquellen Gesetz, Gewohnheit und Rechtsüberzeugung, der Richter sein Urteil aus seiner subjektiven Vernunft oder der „Natur der Sache" doch dann frei zu schöpfen habe, wenn ihn die genannten drei Rechtsquellen im Stich ließen. — Und ähnlich den Freirechtlern steht er der Analogie als einem methodischen Mittel zur Rechtsgewinnung sehr skeptisch gegenüber, wenn er auch an ihrer Notwendigkeit noch nicht zweifeln zu müssen glaubt. Adickes will die Analogie nur dann zulassen, wenn ein zu entscheidender Fall in allen wesentlichen Punkten gleichartig liege; sie sei deshalb nur so lange angemessen, als sie eben diesem zweiten Falle keine Gewalt antue. Nach ihm ist also das vernünftige Empfinden des Richters ausschlaggebend, wenn die Natur der Sache etwas anderes verlangt.

Wie wenig verschieden ist davon die moderne Auffassung der Freirechtler! Gewiß wird der Freirechtler in allen Fällen, in denen das Gesetz Normen aufstellt, mit denen der Freirechtler einen ihm zur Entscheidung übertragenen Fall in Übereinstimmung mit seinem Rechtsempfinden löst, das Gesetz als Entscheidungsnorm anwenden. Er sieht darin, daß das Gesetz den Fall in seinem Sinne entscheidet, einen Beweis für die Treffsicherheit seines Rechtsempfindens. Wenn das Gesetz für den Richter alter Schule das Primäre war, so ist das für den

[1]) D. Jur. Z. 1905, S. 921.
[2]) Gesetz und Richterspruch, Zürich 1915, S. 142.
[3]) Zur Lehre von den Rechtsquellen, gedacht als erstes Heft in einer Reihe von „Studien über die heutige Geltung des Röm. Rechts." Kassel 1872, S. 67, 69.

Freirechtler seine subjektive Vernunft. — Es ist darum auch gefährlich, den Freirechtlern zu glauben, wenn sie sagen: „Wir wenden ja gern das Gesetz an, sind also wirkliche Positivisten; wenn wir aber das Gesetz für unrichtig halten, sind wir verpflichtet, es als nicht bestehend anzusehen, und wir müssen dann nach freiem Recht entscheiden. — Wer in einem solchen Falle sein persönliches Rechtsgefühl über die im Gesetz enthaltene Norm stellen zu müssen glaubt, leugnet damit für jeden Fall das Gesetz und die Gewohnheit als Rechtsquelle. Denn man kann nicht seinem eigenen Rechtsempfinden allein dienen, aber Gesetz oder Gewohnheitsrecht dann anwenden, wenn sie Entscheidungsnormen enthalten, die der Natur der Sache entsprechen und einen vernünftigen Sinn haben.

Oskar Bülow gab in seiner 1885 erschienenen Schrift „Gesetz und Richteramt" der damaligen gesetzesreichen und gesetzgebungsfreudigen Zeit zu denken.

Bewußt an Gedanken Savignys anknüpfend, der bekanntlich seiner Zeit die Berechtigung zur Gesetzgebung absprach, lehrte Bülow die Zwecklosigkeit der Bestrebungen, Gesetze zu machen, deren wirkliche Brauchbarkeit noch nicht erprobt sei.

Insofern ist Bülow beizupflichten, als die Norm, die — ohne vorher positives Recht (Gesetzes- oder Gewohnheitsrecht) gewesen zu sein — vom Gesetzgeber normiert wird, noch nicht in die Erscheinung getreten ist. Die Geltung dieses Rechtssatzes hängt davon ab, ob er auf Fälle des täglichen Lebens paßt oder ob der Richter ihn zur Anwendung bringen wird. Insofern ist dieses gewissermaßen in blanco geschaffene Recht nur ein „Plan, nur ein Entwurf einer zukünftigen Rechtsordnung". Für Bülow ist deshalb nicht Gesetz und Gewohnheit maßgeblich, sondern allein der Richterspruch, den er dem Rechtssetzungsakt überlegen nennt.

Wie eng verbunden sind damit die Ansichten der Freirechtsschule! Man vergleiche nur die Ansicht Reichels [1]), der einem Gesetz dann die Geltungsmöglichkeit versagt, wenn es die Volksüberzeugung nicht mehr hinter sich hat oder von Anfang an nicht hinter sich gehabt hat. — Bülow [2]) hält nicht etwa das Gesetz für eine Rechtsquelle: Das Recht spreche nicht aus dem Gesetz; es liege nicht an der Oberfläche, nur der Richterspruch könne das Recht tief aus dem Ganzen des Volks- und Staatslebens hervorholen.

Die Gesetzesfeindlichkeit Bülow's, die dieser mit Savigny gemeinsam hat und die ihn auch mit den Freirechtlern verbindet, ist verständlich als Gegenansicht zu einem um das Jahr 1885 bestehenden starken Verlangen nach Positivierung, nach der Kodifikation. — Es ist erklärlich, daß das eine Extrem das andere auf den Plan ruft, daß der Gedanke an eine Oberherrschaft des Gesetzes einen Ruf nach Freiheit von der vermeintlichen Bindung an den Buchstaben zur Folge hat. Das, worin

[1]) a. a. O. S. 133.
[2]) a. a. O. S. 47.

sich Bülow und die Freirechtler Kantorowicz'scher Richtung aber wesentlich unterscheiden, ist deren Geschichtsfeindlichkeit.

Es wird nachzuweisen sein, daß die Freirechtsbewegung, soweit sie überheblich die eigene Vernunft anstelle der Erfahrung auf den Thron setzt und etwas Neues, Vorbildloses geschaffen zu haben glaubt, auch der Geschichte ihre Erkenntnis verschließen muß. Denn würde man die Geschichte erforschen, dann sähe man, daß man mit dem Neuen, Vorbildlosen, das man geschaffen zu haben glaubte, etwas erdacht hat, das schon oft Gegenstand der Betrachtung hochstehender Wissenschaftler gewesen ist. — Aber es scheint fast, als ob es minderwertig sei, sich in Gedankenbahnen würdiger Vorgänger zu bewegen. Das eigene Denken ist Trumpf und das bewußte organische Weiterbauen auf den Schultern der Vorgänger unbeliebt. Man beachte Goethe's Worte, die auch Rümelin einer Abhandlung zum Geleit gibt: „Alles Gescheite ist schon erdacht worden, man muß nur versuchen, es noch einmal zu denken." — „Ganze, halbe und Viertelsirrtümer sind gar schwer und mühsam zurechtzulegen, zu sichten und das Wahre daran dahin zu stellen, wohin es gehört."

Aber so ganz wollen auch die Freirechtler diese Aufgabe, ihre Entwicklungsgeschichte klarzustellen, nicht außer Acht lassen. So macht Kantorowicz den Versuch, aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre einiges zu geben[1]). Nur ist zu bedauern, daß Kantorowicz in dem Augenblick die Vorgeschichte der Freirechtsbewegung abbrechen zu müssen glaubt, in dem er von den Bestrebungen Savigny's um die Rechtsquellenlehre und Rechtsmethodik sprechen müßte Es wird zwar von einer Unterströmung freirechtlichen Charakters gesprochen, die das ganze 19. Jahrhundert über gedauert habe. Nach diesen Ausführungen wäre man geneigt anzunehmen, daß der Historismus gänzlich einflußlos als eine abgetrennte Oberströmung seine Zeit an der Oberfläche verbrachte, bis endlich zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Freirechtsbewegung unbeeinflußt durch die historischen Rechtsschulen hervorbrach und ihre Kräfte siegreich entfaltete.

Daß dem nicht so ist, hat Manigk in seinem Buch „Savigny und der Modernismus im Recht" nachgewiesen, Erörterungen, die nötig waren, um Kantorowicz' maßlose Angriffe[2]) gegen Savigny abzuwehren. Es handelte sich da um Angriffe, die unwissenschaftlich und zum Teil ohne ausreichendes Quellenmaterial das wahre Gesicht der Entwicklungsgeschichte der Rechtsquellen- und Methodenlehre hätten verhüllen können.

Stark beeinflußt durch die Bülow'schen Angriffe gegen das Gesetz als Rechtsquelle folgt Schloßmann[3]), der sich 1903 der herrschenden Doktrin, die nur zwei Arten von Rechtsquellen — Gesetz und Gewohn-

[1]) H. Kantorowicz: Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, Mannheim, 1925, S. 37 ff.

[2]) H. Kantorowicz: Was ist uns Savigny? Zeitschr. f. Recht u. Wirtschaft, 1912, S. 47, 76 ff.

[3]) H. Schloßmann: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB., Jena 1903.

heit — kenne, entgegenstellt. Schloßmann [1]) begeht den Fehler, Analogie und Auslegung als etwas durchaus Gleichartiges aufzufassen, wenn er sagt, daß der Ausleger das Gesetz oft auf durch den Inhalt des Gesetzes nicht gedeckte Tatbestände anwende, sofern ihm die Anwendung des Gesetzes auch auf diese Tatbestände gerecht erscheine. Schloßmann glaubt, daß der Richter, wo er das Gesetz auszulegen scheine, gar nicht das Gesetz, sondern sein eigenes vernünftiges Ermessen anwende. Aber so modern eingestellt Schloßmann durch die Verwerfung von logischer Interpretation und Analogie, die sich nur dem Grade nach unterschieden [2]), auch erscheint, so hat er doch nicht den vollen Übertritt zum Freirecht, zur Forderung der Richterfreiheit, d. h. zur Verpflichtung des Richters auch zur contra legem-Entscheidung vollzogen; deshalb steht Schloßmann — wie Manigk [3]) zutreffend gezeigt hat — durchaus auf Seiten der herrschenden Rechtsquellentheorie und ihrer Methodik der Rechtsanwendung durch Auslegung.

Wenn auch Schloßmann auf Seiten der herrschenden Lehre steht, so haben in ihm doch die Freirechtler ein Vorbild gehabt: Schloßmann sah in der Rechtsanwendung mit Hilfe der Analogie, weil sie an den Sinn des Gesetzes appelliere, keine Anwendung des Gesetzes, sondern einen rationalen Rechtsschöpfungsakt des Richters.

Zur Methode der Rechtsanwendung brachte 1891 G. Rümelin [4]) einen wertvollen Beitrag. Rümelin stellt nämlich, ähnlich wie Schloßmann, heraus, daß der Jurist im Zivilrecht in großem Umfange Werturteile und auf diesen beruhende Willensentscheidungen fälle [5]), daß also das auf dem Willen des Gesetzgebers beruhende System nicht präzisiert und nicht fortgebildet werden kann, ohne daß neue Willensentscheidungen getroffen werden. Derartige Werturteile sind aber bei der Analogie üblich. Damit wird zu erkennen gegeben, daß der Gesetzgeber, wenn er an den durch Analogie entschiedenen Fall gedacht hätte, so geurteilt hätte, wie es in diesem Falle geschehen ist. Das Gericht ist also ohne einen speziellen Rechtssatz zu dem richtigen Ergebnis gekommen.

Rümelin, der ohne Zweifel an der herrschenden Rechtsquellenlehre festhält, ist angesichts der Tatsache, daß der 1. Entwurf zum BGB. in seinem § 2 [6]) das Gewohnheitsrecht fast völlig unterdrücken wollte, besorgt, wie sich das Recht weiter fortentwickeln würde; er schlägt deshalb eine Konzentrierung der Anstalten zur notwendigen Weiterentwicklung des Rechts in der Hand des Reichsgerichts vor [7]): ein weitschauender Wissenschaftler, der — anders als die Freirechtler um Kantorowicz — besorgt um das Recht und die Rechtssicherheit in Fällen, in denen sonst Gewohnheitsrecht helfend eingegriffen hätte,

[1]) a. a. O. S. 40.
[2]) a. a. O. S. 41.
[3]) Artikel: Formalismus und Freirechtsschule im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, S. 475 ff.
[4]) Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht, Freiburg 1912.
[5]) a. a. O. S. 20.
[6]) § 2 E I BGB. sollte lauten: Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.
[7]) a. a. O. S. 29/30.

das Urteil des höchsten Gerichts für künftige Fälle in irgend einer Weise binden lassen wollte.

Auf die Ausführungen von G. Rümelin hinweisend und gleichzeitig mit dem französischen Gelehrten Gény[1]) hatte Eugen Ehrlich[2]) unter bewußter Anlehnung an die herrschende Rechtsquellenlehre den Kampf gegen die juristische Methode der Rechtsfindung durch Analogie und die Technik der Konstruktion aufgenommen. Hauptsächlich die Urteilsfindung durch Konstruktion möchte Ehrlich verbannt wissen zugunsten einer freien, jedoch an Überlieferung gebundenen Rechtsfindung, die auch die bessere Gewähr für die Rechtssicherheit biete. — Gleich Rümelin, der aber seine Forderung nach Gebundenheit des Richters an die Rechtsprechung des obersten Gerichts mit Recht unter dem Druck einer drohenden unsinnigen Gesetzesbestimmung des künftigen BGB. erhob, wollte Ehrlich noch 1903, als eine Gefährdung des rechtfördernden Gewohnheitsrechts nicht mehr bestand, an Stelle der Auslegung des Gesetzes auf eine ständige Rechtsprechung hingewiesen wissen, ein Zustand, bei dem jeder Jurist sich sicherer fühle, als wenn er gewärtig sein müßte, daß ein anderer Auslegungskünstler seine Auslegung verwerfen könnte[3]).

„Es gibt keine andere Gewähr der Rechtspflege als in der Persönlichkeit des Richters" rief dieser Autor aus, und er hatte dabei ein hohes Ziel im Auge, den Richter, den er als Sklaven des Gesetzes und des Buchstabens in ihm ansah, von der unwürdigen Unterwerfung durch die Verpflichtung zur Rechtsfindung durch Analogie mit dem Mittel der Konstruktion zu befreien und an dessen Stelle einen Menschen zu setzen, der durch den Wert seiner Persönlichkeit würdig und befähigt sei, Recht zu finden.

„Der Richter wird freier sein, als er heute dort ist, wo man ihm zumutet, alles und jedes, und wäre es auch mit den bedenklichsten Interpretationskünsten, aus dem Gesetze abzuleiten"[4]). Frei sollte der Richter zwar sein, aber doch gehalten durch den Hinweis auf eine ständige Rechtsprechung.

Der Ausspruch Ehrlichs: „Es gibt keine andere Gewähr für die Rechtsprechung als in der Persönlichkeit des Richters" wurde wohl für Gnaeus Flavius (Pseudonym für Kantorowicz) das Vorbild zu seinem Programm, das er in seiner Schrift „Der Kampf um die Rechtswissenschaft" aufstellte:

> Nur wo Freiheit ist, ist Gerechtigkeit,
> Nur wo Persönlichkeit ist, ist Gerechtigkeit,
> Nur wo Weisheit ist, ist Gerechtigkeit[5]).

---

[1]) Méthode d'interprétation et sources du droit, Paris 1899.
[2]) Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Leipzig 1903.
[3]) a. a. O. S. 21.
[4]) a. a. O. S. 25.
[5]) a. a. O. S. 47.

Die freie weise Richterpersönlichkeit biete allein Gewähr für genügende Sicherheit des Rechts.

Die Freirechtsbewegung, wie sie von Kantorowicz getauft wird, ist Rechtsquellenbewegung und Methodenbewegung zugleich. — Der feine Ausdruck Ehrlichs „freie Rechts f i n d u n g" bezeichnet etwas Zutreffendes: das Finden des Rechts, das der Rechtsordnung schon innewohnt. Da, wo Ehrlich Lücken weiß, findet er das Recht zwar nicht logisch — denn die logische Geschlossenheit des Rechts erkennt er mit Recht nicht an, — aber frei von Analogie und juristischer Konstruktion, mit Hilfe seines Rechtsgefühls, das er im Hinweis auf eine ständige Rechtsprechung überprüft wissen will.

Aber Kantorowicz ist diese Rechtsfindung noch zu passiv; die Richterpersönlichkeit soll zum Richterkönig werden. Deshalb muß K. dem Richter die P f l i c h t auferlegen, in gewissen Fällen auch gegen das Gesetz zu entscheiden.

Man werfe hier nicht ein, daß ja zunächst einmal das Recht vom Richter befolgt werden müsse dann, wenn der klare Wortlaut des Gesetzes mit dem richterlichen Rechtsempfinden übereinstimme.

Aber K. sagt auf Seite 41 mit Bezug auf den „klaren Wortlaut des Gesetzes":

> „Von „diesem" darf und soll er absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint; zweitens wenn es seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach nicht wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt (!) die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die seiner Überzeugung nach die gegenwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde. Vermag er sich eine solche Überzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden."
>
> „Stets aber soll es den Parteien im Zivilprozeß freistehen, durch gemeinsamen Antrag den Richter von der Pflicht der Beobachtung irgendwelcher staatlichen Rechtsnorm zu entbinden."

Daß das „diesem" in der ersten Zeile sich auf den klaren, zumindest aber auf den Wortlaut des Gesetzes beziehen soll, ist wohl nicht zu leugnen. Ebenso läßt der Schluß des Nachsatzes „wie es das Gesetz verlangt" darauf schließen, daß aus dem klaren Wortlaut des Gesetzes schon ein bestimmter Sinn sich ergibt.

Das heißt aber, daß dann, wenn das freie Rechtsgefühl des Richters mit dem eindeutig auszulegenden Wortlaut des Gesetzes widerstreitet, er so zu entscheiden verpflichtet ist, wie nach seiner Überzeugung die augenblickliche Staatsgewalt die Entscheidung getroffen hätte. Die Verpflichtung des Richters sogar zur contra legem-Entscheidung in dem Falle des Nichtübereinstimmens seines Rechtsgefühls mit der Gesetzesbestimmung ist das Eigenartige und wohl das einzige Eigene in diesem Programm des Gnaeus Flavius.

Wenn ferner Ehrlich sein freies Recht auf der Überzeugung der Volksgenossen aufbaut, indem er auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts hinweist, so ist davon bei K. nicht die Rede. K. setzt sein freies Recht bewußt einer Überzeugung entgegen, die er sich nicht etwa geschichtlich aus der Entwicklung des Rechts entstanden denkt. Man muß vielmehr annehmen, daß er einen Fall so entschieden wissen will, wie in der Gegenwart die Zusammensetzung der gesetzgebenden Körperschaft ihre Weltanschauung durch Majoritätsentscheid im Hinblick auf einen vorliegenden Fall äußern würde. Das wäre aber Politik im Recht

Das Programm, das Kantorowicz wohlweislich unter einem Decknamen hatte erscheinen lassen, ist von der gesamten Rechtswissenschaft in der Auffassung der Befreiung des Richters vom Gesetz verstanden worden. Man konnte damals mit Recht an die „Geburtsstunde einer neuen Rechtsquellenlehre" (Manigk) glauben. —

Wenn nämlich Gesetz und Gewohnheitsrecht nur dann zur Anwendung gelangen sollten, wenn sie mit der Rechtsüberzeugung der freien weisen Richterpersönlichkeit übereinstimmten, dann war damit die Rechtsüberzeugung des Richters aus einer subsidiären Rechtserkenntnisquelle (so Ehrlich) zu einer und zwar der einzigen Rechtsquelle geworden. Jeder Richter hatte seine eigene Rechtsquelle; sie floß aus seinem subjektiven Empfinden. Wie Ironie klingt es deshalb, wenn K. den Eid des Richters als Rechtssicherheit gewährendes Institut anruft, auf den man sich müsse verlassen können und bei dessen Versagen doch alles aufhöre [1]). Gewiß hatte der Richter nach der Meinung von Kantorowicz einen mehr objektiven Maßstab, an dem er seine Entscheidungsnorm messen könnte: die Ansicht der parlamentarischen Staatsgewalt, nach deren Mehrheitszusammensetzung der Richter jeweils erfahren könnte, was die Stimmung ist. Denn daß K. nicht den „Volksgeist" oder die V o l k s überzeugung als Maßstab für die Entscheidungen herangezogen wissen wollte, zeigte seine ahistorische Einstellung deutlich.

Man kann auch noch weitergehen und einen Zwiespalt aufklären, der die ganze Schrift durchzieht und gelegentlich auf derselben Seite deutlich in die Erscheinung tritt [2]). In Wirklichkeit ist ja die Schrift des Gnaeus Flavius kein wissenschaftliches Erzeugnis, sondern die Schrift eines Mannes, der eine Weltanschauung vorträgt. Daß Gnaeus Flavius zugleich Wissenschaftler ist und zwar Wissenschaftler einer Epoche, die seiner Weltanschauung durchweg ablehnend gegenübersteht, das ist die Tragik, die sich in der Schrift zeigt und die auch den Wissenschaftler Kantorowicz sehr spät zu einer Umkehr in die alte Richtung bewogen haben mochte.

Was Kantorowicz damals programmartig vertreten hat, kann man mit der Marx'schen Forderung des Klassenkampfes vergleichen. Gnaeus Flavius hätte seine Schrift auch mit dem Titel „Weltanschauungskampf

[1]) a. a. O. S. 41.
[2]) a. a. O. S. 41.

ums Recht" veröffentlichen können, und keiner der Wissenschaftler wäre auf den Gedanken gekommen, sich wissenschaftlich mit ihr auseinanderzusetzen. Kantorowicz kämpft — ähnlich wie Marx gegen die Herrschaft einer Klasse, — gegen die herrschende Rechtsquellenlehre, in deren Festigkeit er ein Hemmnis für jeden Fortschritt im Recht sehen muß. Er kämpft damit im Grunde als Individualist gegen die idealistische Weltanschauung, auf die seit Herder, Goethe und vor allem Savigny unsere heutige Rechtswissenschaft sich gründet.

Wäre es anders, würde K. nur gegen die Auswüchse der damals herrschenden Lehre, gegen die Überbewertung von Analogie und technischer Konstruktion kämpfen, die manchen Juristen zum „Tausendkünstler des Rechtssatzes", zu einem weltfremden, spitzfindigen Begriffsspezialisten degradieren sollten, dann hätte Kantorowicz sich mit der Bekämpfung dieser Dinge begnügen und in den Bahnen, die ihm von Schloßmann, Rümelin und Ehrlich gezeigt wurden, fortfahren sollen. Aber Kantorowicz ging weiter: er bekämpfte Analogie und Konstruktion aber nicht als solche, sondern als Werkzeuge einer reaktionären, veralteten Auffassung vom Recht.

Kantorowicz ist Individualist, der der Persönlichkeit einen höheren Einfluß einräumen möchte, als das die damals gerade herrschende Auffassung ihren Anhängern zugestand; diese verlangte die genaue Anpassung an den Rechtssatz und hatte eine besondere Art des Urteilfindens geschaffen, die es ermöglichen sollte, jeden Fall logisch aus einem vorhandenen Rechtssatz ableiten zu können. Dem Richter, der eine Entscheidung zu finden hatte, wurde nicht zugetraut, daß er die Entscheidung durch sein Rechtsgefühl, das an dem Rechtsempfinden seines Volkes geschult gewesen wäre, treffen könnte; er wurde zu einer logischen Konstruktion gedrängt, die vielen — nicht allein Kantorowicz — unwürdig erschien.

Aber ein Rechtsgefühl, das sich loslöst von dem Gesetz und der Gewohnheit, die doch in einem Volke die Positiva des Rechtsdenkens darstellen, ist etwas Neues, rein Individuelles, Allzupersönliches.

Es wurde schon gezeigt, daß dagegen Ehrlich mit seiner freien Rechtsfindung etwas meinte, das der Volksüberzeugung entsprach. Kantorowicz ist auch hier Individualist; er muß den Volksgeist, das Richten nach dem, was in seinem Volke für Recht gehalten wird, ablehnen. Das Rechtsgefühl, durch das eigene rationalistische Denken allein überprüfbar, würde ja geschützt durch den Eid des Richters. Wie kann der Amtseid des Richters zum Hüter eines Rechts gemacht werden, das seine Quelle in dem subjektiven Rechtsempfinden des Richters hat!

Wird dieser Individualismus Kantorowicz'[1]) nicht auch durch seine Einstellung zu F. K. v. Savigny verständlich? Mußte nicht K. in Savigny den Mann sehen, der den Richter an eine positive Norm, selbst wenn

[1]) Was ist uns Savigny?

sie nur in der Volksüberzeugung, dem Volksgeiste, enthalten war, binden wollte?

Savigny lehrte, daß nicht das, was ich für Recht halte, Recht ist, sondern was die Gemeinschaft, in der und für die ich lebe, als Recht anwendet. Das Recht, auf das soziale verbindende Wollen zurückgeführt, verpflichtet die Glieder zur Anerkennung. Diese mehr universalistische Einstellung mußte dem Liberalisten Kantorowicz mißfallen. K. geht es nicht um die Wahrheit, wie überhaupt da, wo Politik und Weltanschauung auf den Plan treten, sondern um die Wirksamkeit seiner Anschauung, um die Geltung des Individuums, nicht nur in der Politik, sondern auch im Recht.

Wo der Politiker Gnaeus Flavius sich vor den Wissenschaftler Kantorowicz stellt, muß sich der Konflikt, der auf diesem Dualismus beruht, auf Schritt und Tritt zeigen. — So folgt kurz nach der Entwicklung der Forderung der Richterfreiheit von der Bindung an das Gesetz (S. 41) und der Bewertung des Richtereides, die Äußerungen des Individualisten sind, die Überlegung des Rechtswissenschaftlers, daß man ja gegen Exzesse der Subjektivität durch die ausgleichende Vielheit der Köpfe im Richterkollegium und durch den Instanzenzug geschützt sei. So will nach seinen Äußerungen dennoch K. die vielhundertjährige Übung nicht mißbrauchen. So glaubt der Wissenschaftler seine Weltanschauung in das im Anhang zur Schrift vieler bedeutender Wissenschaftler nachträglich hineinpflanzen zu können, die zum großen Teil, mochten sie auch mit den Auswüchsen der herrschenden Lehre nicht einverstanden sein, doch im Prinzip mit ihr übereinstimmten.

Nun möchte hier entgegengehalten werden, daß ja Kantorowicz seine Auffassung leugne[1]) mit der Begründung, man habe die betreffende Stelle[2]) anders ausgelegt, als sie gemeint sei. Die Stelle, in der von der Verpflichtung des Richters zur contra-legem-Entscheidung die Rede ist, bezöge sich nicht auf das Gesetz, das einen klaren Wortlaut habe, sondern auf das Gesetz, dem sich ein klarer Sinn nicht entnehmen lasse.

Wer den Ausführungen des Verfassers gefolgt ist, wird bemerkt haben, daß Gnaeus Flavius in seiner Schrift für eine individualistische Weltanschauung vom Recht eintrat, die mit der überlieferten Auffassung nicht übereinstimmte. Die Umkehr in der contra legem-Fabel, die von einem konsequenten Freirechtler[3]) als Fahnenflucht bezeichnet wurde, durch die das Feld kampflos dem Gegner überlassen worden sei, war nichts als die Maßnahme eines Wissenschaftlers, der sein unter dem Deckmantel der Wissenschaft herausgegebenes politisches Programm formell preisgab.

[1]) Die contra legem — Fabel: Deutsche Richter-Ztg. 1911, 258 ff.
[2]) a. a. O. S. 41.
[3]) Reichel, a. a. O. S. 129.

Liest man die Abhandlung der contra legem-Fabel aufmerksam durch, so hört man nur die kraftvolle Versicherung, man habe nie daran gedacht, die herrschende Rechtsquellenlehre anzugreifen.

Aber diese Umkehr ist nur formell; sie greift nicht durch; es sind nur Worte. Das, worauf es ankommt, der Inhalt, blieb. Es erfolgte keinerlei Widerruf der Kampfansage gegen Auslegung, Konstruktion und Analogie; die Geschichtsfeindlichkeit leugnete weiterhin die Verdienste der historischen Schulen. Kantorowicz blieb sich materiell gleich.

Über die Notwendigkeit von Analogie und Konstruktion läßt sich streiten; und die Erörterung ihres Wertes sei noch kurze Zeit zurückgestellt. Wer aber die Auslegungstätigkeit ablehnt und ihre und die Notwendigkeit von Begriffen leugnet, bleibt Freirechtler, der die Befreiung des Richters vom Gesetz erstrebt; er verwirft damit das Gesetz selbst dann, wenn es der Volksüberzeugung entspricht. K. verwirft den Begriff, aus dem sich doch ein Gesetz erst zusammenbaut. Freilich gibt es Kodifikationen, die kasuistisch angeordnet eine Summe von Fallentscheidungen enthalten; dieser Art Kodifikation würde K. vermutlich sein Wohlwollen schenken. Aber auch ein solches Gesetzbuch würde — das haben Gesetzgeber wie Justinian und Friedrich der Große einsehen müssen — die Mehrzahl der Fälle des täglichen Lebens nicht erfassen. Wird aber eine Kodifikation geschaffen, die nur aus Auszügen zahlreicher Fälle besteht, deren Normen also in generalisierende Begriffe gefaßt sind, so ist die notwendige Folge davon die Auslegung. Begriffe sind immer nur vorläufige, aber unentbehrliche Ersatzstücke der Wirklichkeit. Wir müssen sie haben, um an die Wirklichkeit herankommen zu können. Die begriffliche Methodik darf nicht bekämpft werden, der Kampf darf sich nur gegen unzweckmäßige Begriffsbildungen und unrichtige Subsumtionen richten [1]).

Wer die Auslegung, d. i. die logische Umbereitung des Begriffs auf den zu entscheidenden Rechtsfall, verwirft, muß die übergroße Mehrzahl der Fälle des Lebens ohne die Hilfe von Gesetzen lösen. Die Lücken würden so zahlreich sein, daß man die Fälle der Anwendbarkeit der Gesetze würde zählen können. Hier ist aber nach der Methodik der Freirechtler das weite Arbeitsfeld des lückenergänzenden Richters, der hier nach freiem Recht zu entscheiden hat.

Es wurde auch schon angedeutet, daß in der gegensätzlichen Stellung Kantorowicz' zu Savigny der Beweis dafür liegt, daß K. nicht daran denkt, seinen Kampf gegen die herrschende Rechtsquellenlehre auch nach seiner Richtigstellung aufzugeben.

Manigk [2]) hat Recht, wenn er in seinem — die Angriffe gegen Savigny ad absurdum führenden — Buch „Savigny und der Modernismus im Recht" sagt, es gäbe im Grunde immer noch eine geschichtliche und eine ungeschichtliche Rechtsauffassung; es werde immer Naturen geben, die kein Verhältnis zur Vergangenheit gewinnen könnten, die

[1]) So Manigk: Art. Interessenjurisprudenz im H. d. R. Band 3, S. 311.
[2]) a. a. O. S. 88.

nur das sehen, was ist, aus einem ihnen unbewußten geschichtlichen Egoismus „ihre eigene, persönliche Betrachtung des Weltlaufs mit dem Weltlauf selbst verwechseln und so zu dem täuschenden Gefühl gelangen, als habe mit ihnen und ihren Gedanken die Welt angefangen".

Wer den Richter vom Geiste freimachen will, darf alles andere eher als gegen Savigny zu kämpfen [1]).

Die Geschichtsfeindlichkeit Kantorowicz' ist wie bei Gnaeus Flavius die gleiche. Sie überschätzt den Wert des eigenen Geistes, über dessen Fassungsvermögen noch Unklarheit herrscht. Wer als Entschuldigung für die Unsicherheit der eigenen Anschauung sagen kann, daß eine junge Bewegung noch nie genau gewußt, was sie gewollt hat, will traditionslos das Bestehende zerschlagen, ohne etwas Sicheres an die Stelle zu setzen.

Von der Freirechtsschule wird heute Savignys Lehre als diejenige angesehen, die das Recht an den Staat hätte binden wollen. Kantorowicz übersieht dabei, daß Savigny sich bewußt gegen die Kodifikation wandte, weil er den Richter nicht dem Gesetz, sondern nur dem Recht unterworfen wissen wollte. S. lehrte nämlich, daß im Gesetz das Recht nicht notwendig schon enthalten sei. Das, was Kantorowicz als Errungenschaft neuester Erkenntnis ansieht, war ja nur neu im Hinblick auf die anorganische Entwicklung, die der Historismus zum Positivismus und zum Gesetzesabsolutismus hin genommen hatte. Kantorowicz macht die Savigny'sche Schule für alle Schäden verantwortlich, die im Positivismus gipfelten. Er irrt, wenn er Savigny deswegen anklagt. Den Gesetzesabsolutismus der 90 er Jahre hätte Savigny ebenso abgelehnt wie die Kodifikationen, die das Naturrechtszeitalter abschlossen: Savignys Blick war nicht nur in die Vergangenheit gerichtet, nicht etwa auf das Mystische, Lebensunwirkliche. — Das Wort „Volksgeist", das in Verbindung mit wenigen Einzelheiten aus dem Leben Savignys und seiner Einstellung zu den Romantikern Kantorowicz schon genügt, um Savigny als Romantiker darzustellen, war durchaus nichts abnorm Mystisches. Wenn wir heute von Volksüberzeugung sprechen, so meinen wir damit etwas positiv Faßbares und etwas dem „Volksgeist" Gleiches. Savigny war zu sehr Jurist, Vertreter einer praktischen Wissenschaft, die sich mit etwas Mystischem nicht befassen durfte. Schon Leibnitz hatte erkannt, daß das Recht in dauernder Entwicklung sich befände; auch Savigny sah die Wirklichkeit des Rechts in ihrem Entwicklungszuge. Der Entwicklungsgedanke, den Kantorowicz für ein Produkt historischer unjuristischer Denkweise hält, beschränkte sich durchaus nicht nur auf die Rechtswissenschaft, sondern er erfaßte alle Wissenschaften, besonders die Naturwissenschaften. Leibniz, Herder und Goethe [2]) legen davon Zeugnis ab. Es war durchaus nicht Zufall [3]), daß der Entwicklungsgedanke damals alle Wissenschaften erfaßte.

---

[1]) Manigk: Savigny, S. 89.
[2]) G. unternahm 1790 den „Versuch, die Metamorphose der Pflanzen zu erklären."
[3]) Manigk: Art. Formalismus und Freirechtsschule. Hdb. d. RW., S. 487.

Ein Beweis, wie wenig der Historismus von der Romantik beeinflußt war, ist die Tatsache, daß er die Romantik weit überdauerte. Savigny war zu wenig Philosoph; aber gerade indem er der Philosophie des Naturrechts ein praktisches System g e l t e n d e n Rechts, das dem Volksgeist angemessen war, gegenüberstellen wollte, hat er das Naturrecht überwunden.

Die mangelnde metaphysische Grundlage war für Savigny entbehrlich; er sah genau, daß es nicht angängig war, nun nur das römische Recht zu erforschen, um es in seiner Reinheit wieder einzuführen; aber es darf nicht vergessen werden, daß das römische Recht in der rezipierten Form geltendes Recht war; das aber mußte aufgefunden werden.

So sagt Savigny eindeutig im Band I, S. XV seines Systems:

„In besonderer Anwendung auf das römische Recht geht die geschichtliche Ansicht nicht, wie von vielen behauptet wird, darauf aus, demselben ungebührliche Herrschaft über uns zuzuwenden. Vielmehr will sie zunächst in der ganzen Masse unseres Rechtszustandes dasjenige auffinden und feststellen, was in der Tat römischen Ursprungs ist, damit wir nicht bewußtlos davon beherrscht werden; dann aber strebt sie, in dem Umkreis dieser römischen Elemente unseres Rechtsbewußtseins, was davon in der Tat abgestorben ist und nur durch unser Mißverständnis ein störendes Scheinleben führt (vgl. Goethes Worte von der ewigen Krankheit: Weh dir, daß du ein Enkel bist!), damit für die Entwicklung und heilsame Einwirkung der noch lebenden Teile jener römischen Elemente um so freierer Raum gewonnen werde."

Manigk [1]) ist zuzustimmen, wenn er sagt, daß Savigny bewußt ablehnte, seine Methode philosophisch zu unterbauen, weil ja die Philosophie die Mutter des überwundenen Naturrechts war und er ihrer Hilfe deshalb mit Recht mißtrauen mußte. Savigny war ein Gegner philosophischer Einseitigkeit. Daß seine Schüler den Geist ihres Meisters nicht zu fassen vermochten und die von ihm überlieferte Methode nur handhabten, ohne den tiefen Sinn und das Ziel, das Savigny aus der Entwicklung erkannt hatte, zu verstehen, ist kein Zeichen gegen die Richtigkeit Savigny'scher Lehren. Nur zeigte sich, daß ohne die philosophische Durchdringung der rechtsmethodischen Aufgaben weniger souveräne Geister die Entwicklung zu einer Überbewertung der staatlichen Rechtssetzungstätigkeit und zum Gesetzesabsolutismus führten. Daß d i e s e Entwicklung zum Positivismus von Savigny nicht gewollt war, erkennt man aus seinem „Beruf" [2]). Die Rechtsentstehung wollte Savigny sowohl rationalistischer Einzelwillkür als auch der bloßen staatlichen Macht entrissen sehen [3]).

Zutreffend konnte Manigk sagen [4]), daß Gnaeus Flavius in seiner Unterscheidung von freiem und staatlichem Recht und mit der Feststel-

[1]) a) Savigny und der Modernismus, S. 26; b) Besprechung des Buches von Adolf Stoll: „Friedrich Karl v. Savigny" (erscheint 1930 in der Savigny-Zeitschrift).
[2]) Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 6.
[3]) Vgl. die Besprechung des Stoll'schen Buches (Manigk).
[4]) Savigny: S. 103.

lung, daß das staatliche Recht sich aus freiem Recht ergänze, ja eine Grundlehre Savignys wiederhole. Gnaeus Flavius habe aber unterlassen, sein freies Recht zu Savignys Gewohnheitsrecht in Beziehung zu setzen; und das sei um so nötiger gewesen, als er sein Freirecht bewußt der historischen Rechtsauffassung Savignys gegenüberstellte.

Wenn Kantorowicz die Gesetzgebung bekämpft, so hat er Savigny als Vorkämpfer. Sobald er aber sein rationalistisches Freirecht propagiert, muß er aus Savigny'schem Geiste heraus bekämpft werden. Kantorowicz ist trotz seiner contra legem-Fabel Freirechtler rationalistischer Richtung geblieben.

Wenn er[1]) das Naturrecht in veränderter Gestalt wiedererstehen lassen wollte, so nahm er innerlich auch die Methode, der der Rationalismus gehuldigt hatte, wieder auf. Damals allerdings war die Folge der rationalistischen Naturrechtsepoche eine Kodifikationsbestrebung, die dem Richter ein Gesetzbuch geben wollte, das er nur anzuwenden, nicht dagegen zu interpretieren hätte. Das preußische Allgemeine Landrecht ging mit seiner Kasuistik auf Vollständigkeit aus; und von Napoleon wird erzählt, er habe, als er hörte, daß der erste Kommentar zu seinem code civil erschienen sei, ausgerufen: „Mon code est perdu"! Die Zeit des Rationalismus war es, die damals dem Dogma von der Lückenlosigkeit des Gesetzes neue Nahrung gab. Kantorowicz war klug genug einzusehen, daß mit einem kodifizierten Naturrecht nichts anzufangen sei. Es mußte ein Recht gefunden werden, das nicht band und das doch bestand, und sei es auch nur in der Brust des Richters.

Es scheint, daß Kantorowicz diesen Schluß aus der Geschichte doch wohl gezogen hat. So sagt K. in seiner Vorgeschichte der Freirechtslehre[2]) sehr vorsichtig: eine Schwierigkeit dieser Lehre liege natürlich in der Versuchung zu Grenzüberschreitungen in das Gebiet der Gesetzgebung; eben darum lege die freirechtliche Bewegung auf die bewußte Lenkung der juristischen Tätigkeit durch die Rechtsfindungslehre das größte Gewicht. Und es sei dieser methodologische Zug, der sie von den geistesverwandten Richtungen des späteren Mittelalters und des Naturrechts unterscheide.

Man kann die Vertreter der Freirechtsbewegung gerade hier nicht gleich behandeln. Ehrlich und Reichel wollen positives Recht anwenden, und sie erkennen deshalb auch Savigny sein Verdienst zu. Rechtssätze, deren Inhalt dem wirklichen Recht zuwiderläuft, sind wert, unbeachtet zu bleiben und durch Nichtanwendung außer Kraft gesetzt zu werden. Reichel und Ehrlich betrachten das Recht auch als ein Gewordenes; sie sind eben deshalb auch keine Freirechtler im Sinne Kantorowicz'.

Kantorowicz dagegen kämpft gegen die Kodifikation aus einem anderen Motiv heraus; er bekämpft das Gesetz als solches, weil er in ihm die Verkörperung eines transpersonalistischen Prinzips erblickt, das er als rationalistischer Naturrechtsvertreter, der nur dem Menschen als

[1]) Gn. Fl., S. 10.
[2]) a. a. O. S. 6.

Persönlichkeit die Entscheidung des Rechtsstreites zubilligt, nicht anerkennen kann.

So sehen wir, daß in die Bewegung, die mit Adickes begann und durch Rümelin, Schloßmann und Ehrlich organisch weitergebildet wurde, durch Kantorowicz ein verwirrendes politisches, unwissenschaftliches Moment hereingetragen worden ist, ein Moment, das auch durch den Widerruf des Schriftstellers nicht rückgängig gemacht werden konnte. — Auch die neuerliche Auffassung K.'[1]), das Programm des Gnaeus Flavius sei veraltet, ist nicht anzuerkennen. Weil es unwissenschaftlich war, wäre es wert, nicht beachtet zu werden. Soweit es aber ein weltanschauliches Programm ist, kann es nicht veralten.

Der Versuch Kantorowicz', durch die frei erfundene „freirichterliche Bewegung" die Rechtsquellenbewegung von Adickes und seinen Nachfolgern in Gegensatz zu der jetzigen „Freirechtsbewegung" als reiner Methodenlehre zu setzen, gelingt nicht. Manigk[2]) weist die Widersprüche in Kantorowicz' „Vorgeschichte der Freirechtslehre" überzeugend nach.

Anders als Kantorowicz erfaßt dagegen Reichel das Problem. Auch Reichel möchte den Richter kraft seines Amtes verpflichtet wissen, von einer gesetzlichen Vorschrift bewußt abzuweichen dann, wenn jene Vorschrift mit dem sittlichen Empfinden der Allgemeinheit dergestalt in Widerspruch steht, daß durch Einhaltung derselben die Autorität von Recht und Gesetz erheblich ärger gefährdet sein würde als durch deren Außerachtsetzung[3]). Aber während Kantorowicz in seinen Schriften mit Konsequenz alles vermeidet, das auf eine Kontrolle des subjektiven Empfindens des Richters an dem Maßstab des bestehenden positiven Rechts hinausläuft, vielmehr die rationale Logik und den Eid des Richters als einzigen Prüfstein anführt, stehen Ehrlich wie Reichel auf dem Boden der herrschenden Rechtsquellenlehre.

Wenn Ehrlich[4]) betont, es gäbe keine andere Gewähr der Rechtspflege als in der Persönlichkeit des Richters, so erläutert er diesen Satz doch dahin[5]), daß die freie Rechtsschöpfung auch etwas von dem schöpferischen Gedanken einer großen Persönlichkeit erwarte. Er bekämpft danach nur die Auswüchse der herrschenden Lehre, nach der der Richter jede Entscheidungsnorm aus dem Gesetz entnehmen zu müssen glaube. Ehrlichs freie Rechtsfindung ist aber geschichtsgebunden, nicht ahistorisch, wenn er sagt[6]), daß den Ausgangspunkt für jede freie Rechtsfindung die gemeinrechtliche Wissenschaft bilde,

[1]) Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, S. 5, Anm. 1.
[2]) Art. Form. u. Freirechtsschule, a. a. O. S. 488.
[3]) Gesetz und Richterspruch, S. 142.
[4]) Freie Rechtsfindung und freie Rechtsw., S. 21.
[5]) a. a. O. S. 29.
[6]) a. a. O. S. 31.

jenes ehrwürdige Gebilde, dessen Wurzeln in die Jurisprudenz der römischen Pontifizes zurückreichten.

Und noch neuerdings spricht Ehrlich [1]) es aus, daß für das Privatrecht die gemeinrechtliche Jurisprudenz in großartiger Weise der soziologischen Rechtswissenschaft, die Ehrlich vertritt, vorgearbeitet habe. Die soziologische Rechtsschule, die der Kantorowicz-Anhänger Fuchs fälschlich mit der Freirechtschule identifiziert, ist bewußt geschichtlich eingestellt, sie erkennt der historischen Rechtsschule neidlos ihren Teil an der Entwicklung an [2]).

Auch Reichel [3]) ist grundsätzlich nicht Individualist. Er will nicht das angewandt sehen, was der Richter von sich aus für Recht hält, sondern was als Recht in Geltung ist. Seine grundsätzliche Anerkennung des Gewohnheitsrechts, vor allem des derogierenden, läßt darauf schließen, daß auch Reichel auf dem Boden der überkommenen Rechtsquellenlehre steht und daß er der Geschichte als Lehrmeisterin gern folgt. So schreibt er [4]) überzeugt: „Allemal nämlich, wenn derogierendes Gewohnheitsrecht sich gebildet hat, hat es zunächst Bahnbrecher und Schrittmacher geben müssen, die ihm den Pfad freimachten, indem sie contra legem entschieden." Daß dieses Bekenntnis des Freirechtlers Reichel uneingeschränkt auf dem Boden der herrschenden Lehre erwachsen kann, möchte Verfasser in Kürze nachweisen. Reichel ist in Wirklichkeit nur deshalb Freirechtler, weil er fürchtet, die nach der allgemeinen Auffassung vom Richter verlangte Gesetzestreue schließe das Recht des Richters, rechtsschöpferisch tätig zu sein, aus. Methodisch falsch ist es aber, wenn Reichel — wie auch Kantorowicz --, um die Rechtsfortentwicklung zu gewährleisten, die Entscheidung contra legem in gewissen Fällen dem Richter zur Amtspflicht macht.

So kommen wir zu dem Ergebnis, daß das Dazwischentreten von Gnaeus Flavius die Entwicklung der Methoden- und Rechtsquellenbewegung sehr nachteilig beeinflußt hat, weil er vielen Wissenschaftlern mit der Vermischung von Weltanschauung und Wissenschaft, von Wahrheits- und Geltungsproblem den Blick für das, worauf es ankommt, getrübt hat. Denn das Freirecht, von dem jeder Jurist weiß, daß es als die Forderung der Freiheit des Richters von der Gebundenheit an die Rechtsnorm aufgefaßt worden ist [5]), und das diesen Sinn weiterhin behält, ist ungeeignet, nun plötzlich als Vokabel für eine Auffassung zu dienen, die sich darstellt als das Ergebnis einer organischen Entwicklung, die sich bis auf Savigny zurückerstreckt.

---

[1]) Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1929; S. 386.
[2]) a. a. O. S. 387.
[3]) a. a. O. S. 152.
[4]) a. a. O. S. 145.
[5]) Fehr: Recht und Wirklichkeit, S. 168; Manigk: Hdb. d. RW. Bd. 2, S. 484; Roß: a. a. O. S. 212.

II.

Man darf die Entwicklung der Freirechtsbewegung nicht verlassen, ohne der Interessenjurisprudenz zu gedenken, deren Gedankengänge im Sinne des Freirechts bedeutender, als gemeinhin angenommen wird, auf die Entwicklung der Methodenlehre einzuwirken suchten.

Die Entwicklungsgeschichte der Interessenjurisprudenz[1]) führt auf Jhering zurück, der es schon 1889 in seinem Buch „Der Besitzwille" unternahm, an Stelle des Geschäftswillens ein teleologisches Moment, das Interesse des Vertreters, entscheiden zu lassen. — In gleicher Weise griff Schloßmann[2]) ein, indem er die Begriffe des Handelns im eigenen und im fremden Namen als inhaltlos erklärte und damit den Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Stellvertretung nach geltendem Recht leugnete. Das sei die Ansicht der herrschenden Meinung, eine Anerkennung, die wohl deutlich auf Jhering bezogen ist.

Ohne Zweifel durch Schloßmann beeindruckt und im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 164 ff. BGB. unternahm es 1905 Rudolf Müller-Erzbach in seinem Buch „Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung, aus der Interessenlage entwickelt" nachzuweisen, daß die Interessenlage es erfordere, daß auch aus einer mittelbaren Stellvertretung der Vertretene geschützt werde; andererseits müsse der Interessent auch in die Pflichten des Vertrages eintreten, so daß dem Dritten — dem Kontrahenten des Außenvertrags — Vermittler und Interessent als Schuldner haften müßten. Müller-Erzbach suchte die Undurchführbarkeit der geltenden Prinzipien nachzuweisen und forderte ihre Ersetzung durch andere mit der Interessenlage übereinstimmende.

Für das vom Verfasser zu bearbeitende Thema wäre diese Darstellung Müller-Erzbachs nicht notwendig beachtenswert, da dieser Autor dem geltenden Recht nur ein ideelles Recht gegenüberstellen wollte, das aus der bei allen mittelbaren Stellvertretungen gleichmäßig bestehenden Interessenlage entwickelt war[3]). — Aber Müller-Erzbach hatte in dem Schlußwort zu seinem erwähnten Buche einiges über Rechtsbildung und die Berechtigung einer Methode, die er die „reale" nennt, zu sagen. Es ist verständlich, daß ein Autor, der ein aktuelles Rechtsprinzip gefunden zu haben glaubt, dieses Prinzip auch in der Judikatur praktisch angewendet und erprobt sehen möchte. Nur ist zu bedenken, daß bei der herrschenden Methode für seine Rechtsfindungen wenig Aussicht auf praktische Durchführung besteht, wenn auch die Durchführbarkeit deshalb noch nicht bestritten werden soll.

In der ausschließlichen Regelung der unmittelbaren Stellvertretung in den §§ 164 ff. BGB. und der bewußten Übergehung der mittelbaren Stellvertretung liegt die Verneinung eines Bedürfnisses gesetzlicher Regelung. Ein Interesse, das tatsächlich des Schutzes bedarf, pflegt

[1]) Vgl. Manigk: Art. Interessenjurisprudenz, Hdb. d. RW., Band 3, S. 311 ff.
[2]) Die Lehre von der Stellvertretung, 2 Bände, Leipzig, besonders Bd. 1, S. 379/380.
[3]) Jherings Jahrb., Band 53, S. 338.

sich mit der Zeit diesen Schutz von selbst zu erringen; vielleicht ist die Tatsache, daß ein Wissenschaftler für den Schutz noch nicht im Gesetz geregelter Interessen eine Lanze bricht, ein Anzeichen für ein sich bildendes Bedürfnis.

Mit der von M.-E. empfohlenen realen Methode, die vernunftmäßig versucht, die Notwendigkeit des Schutzes von Bedürfnissen des täglichen Lebens festzustellen, muß man indessen so lange warten können, bis das Bedürfnis sich zeigt, das sich durch die steigende Zahl der Rechtsschutz-Suchenden schon von selbst anzumelden pflegt. — Es wird später noch festzustellen sein, daß sich der Schutz solcher Interessen auch bereits durchgesetzt hat: man denke nur an das Urteil des Reichsgerichts, das einem Arzt aus dem zwischen Kloster und Fuhrunternehmer geschlossenen Transportvertrage einen Schadenersatzanspruch gegen den Fuhrunternehmer zubilligt.

Die reale Methode M.-E.'s, die auch Heck[1]) anerkennt, ist dazu da, von sorgfältiger Betrachtung der Gemeinschaftsverhältnisse ausgehend „ein vom Leben getragenes und den reichen Strom des Lebens in sich aufnehmendes Recht" zu finden.

Es scheint, daß M.-E. sich damit einer Aufgabe unterzieht, die nicht zu seinem Fach gehört. Es ist die Eigenart des Rechts, dem wirtschaftlichen Fortschritt nachzuhinken und Bedürfnisse erst dann zu regeln, wenn sie da sind. Daß die Zeitspanne zwischen der Entstehung zu schützender Interessenlagen und ihrer rechtlichen Regelung nicht zu groß ist, dazu ist das eingehende Studium des reichen Stroms des Lebens nötig.

Den gleichen Gedanken bringt Glungler[2]), wenn er sagt, daß die Spannungskurve des Rechts in oft fast unerträglichem Phasenabstand dem Strom der Lebenswirklichkeit folge; das bekannte Wort Mephisto's von der ewigen Krankheit bestehe zu recht.

Aber ist es nicht Übereifer, nun aus dem Leben, wie man es sieht, die vermeintlichen Interessenlagen erst aufzuspüren, um womöglich noch vor dem Ruf nach Rechtsschutz mit der rechtlichen Regelung an der Hand zu sein? M.-E. verfällt mit seiner realen Methode in den Fehler aller Rationalisten, Recht zu konstruieren, wo eine schutzwürdige Interessenlage noch gar nicht vorhanden ist. Müller-Erzbach hat Recht, wenn er sagt, daß die reale Methode die Methode des Gesetzgebers sei[3]). Leider! Denn die Tatsache ist noch kein Beweis für die Brauchbarkeit dieser Methode. Wer möchte bestreiten, daß es überzahlreiche Gesetze gibt, denen die praktische Brauchbarkeit abgesprochen werden muß. Lehrt das nicht die Gegenwart, die einen Wissenschaftler wie Goldschmidt[4]) veranlaßte, von einer „Gesetzesdämmerung" zu reden? Die konstruierte Rechtsnorm, die Konstruktion eines Rechts-

[1]) Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, D. Jur. Zeitung, 1910, S. 1140.
[2]) Rechtsschöpfung und Rechtsgestaltung, S. 22.
[3]) a. a. O. S. 95.
[4]) Jur. Woch. 1924, S. 245 ff., 343 ff.

schutzes, ist inhaltlos, wenn kein Leben hinter ihnen steht. Die Wissenschaft meidet mit Recht „den" realen Weg; zwar ist sie auch mit M.-E. der Überzeugung, „daß ihr aus der Berührung mit der Mutter Erde ein Reichtum neuer Ideen zufließen wird"; aber es dürfen nicht Ideen sein, die rationalistisch erdacht daran scheitern, daß es keine Lebensverhältnisse gibt, auf die sie angewendet werden wollen.

Was an der realen Methode brauchbar ist, soll noch erläutert werden, wenn von der soziologischen Rechtsschule die Rede ist. Nur sei hier schon angedeutet, daß das Wissen von den Verhältnissen des täglichen Lebens gewiß sehr wertvoll ist; und wirtschaftliche, schutzbedürftige Institute sollen nach Möglichkeit nicht des Schutzes entbehren. Aber ob eine Interessenlage des Rechtsschutzes bedarf, ist nicht vernunftmäßig zu durchschauen; das Bedürfnis muß ungeschützt eine Weile bestanden haben und dem Leben ausgesetzt gewesen sein, damit es seine Schutzwürdigkeit durch seine gesunde Konstitution erwiesen habe. —

Der Rechtsschutz, den in den letzen Jahrzehnten das Reichsgericht den Interessen Dritter erwiesen hat und von dem Müller-Erzbach [1]) mit besonderer Anerkennung spricht, ist nicht das Werk der Interessenjurisprudenz, sondern das Werk der Lebenswirklichkeit, das Werk der Interessenten, die sich schon wehren, wenn man sie in ihrem Recht, d. h. dem, was sie für Recht halten, verletzt.

Was Müller-Erzbach mit Kantorowicz verbindet, ist das Streben nach einem vernunftmäßigen Recht, daß dort durch die Interessenlage, hier durch das Rechtsempfinden überprüfbar sein soll. Der Rationalismus, der sich bei beiden in einer Überbewertung der geistigen Denkfähigkeiten zeigt, ist von jeher ein Feind und Verächter der Geschichte gewesen; und es ist nur verständlich, wenn sich Müller-Erzbach [2]) — wie ja auch Kantorowicz — in einer allerdings anerkennenswert maßvollen Kritik Savigny entgegenstellt. — In der Tat muß man der Ansicht sein, daß Recht, das soziale verbindende Wollen, ein Ausdruck des Volksgeistes [3]) ist; und ich glaube, es ist nicht überheblich zu sagen, daß jede freie Forschung seitens der subjektiven Vernunft auf dem Gebiete des Rechts eine vergebliche ist, wenn etwas als „Recht" rationalistisch erdacht werden soll, für das ein Wollen nicht besteht. Wo man aber Rechtssätze aus der Erfahrung aufstellt, da forscht man, treibt Geschichte, schafft Recht für etwas Schutzbedürftiges, das nach Regelung drängt.

Daß Müller-Erzbach vernunftmäßig Rechtssätze aufstellen will, hat schon Manigk ausgesprochen, und dieser Autor wirft M.-E. mit Recht vor,[4]) daß er ja in den Fehler schlechter Begriffsjurisprudenz falle, indem er — wovor er selbst gerade warnte — unzutreffend verallgemeinere.

Daß man M.-E., wie es geschehen ist, dahin verstehen konnte, daß er ein Recht der mittelbaren Stellvertretung in Anspruch nehme, das

---

[1]) Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in der Festgabe d. Fak. f. d. RG., Bd. 2, S. 161 ff.
[2]) und [3]) a. a. O. S. 99.
[4]) Art. Interessenjurisprudenz, a. a. O. S. 311.

im Rahmen des BGB. als lückenausfüllendes Recht vom Richter anzuwenden sei, dürfte nach den obigen Ausführungen nicht mehr zweifelhaft sein. Aber auch hier erfolgte — ähnlich wie bei Kantorowicz — eine Verwahrung gegen eine solche Auffassung in der Abhandlung Müller-Erzbachs „Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien" [1]) gegenüber der freirechtlichen Lehre. M.-E. habe dem geltenden Recht ein rein ideelles aus der bei allen mittelbaren Stellvertretungen gleichmäßig bestehenden Interessenlage entwickeltes Recht gegenübergestellt; er behaupte nicht, daß dieses ideelle Recht Anspruch darauf erhebe, heute geltendes Recht zu sein [2]). — Unwiderrufen bleiben aber, wie von Manigk [3]) ausgeführt wird, die zahlreichen scharfen Angriffe des Autors gegen die herrschende Lehre, sogar in ihrer Grundanschauung.

Im übrigen hält M.-E. es durchaus nicht für so Ungewöhnliches, wie gemeinhin angenommen werde, ein wichtige Allgemeininteressen in nicht erträglicher Weise verletzendes Gesetz durch den Richter abzuändern. Dieses Problem scheint von M.-E. verkannt zu werden.

Erst S t a m p e [4]) erhob im Anschluß an M.-E. die Forderung nach Befreiung des Richters von der Rechtsnorm, die der Interessenlage in unerträglicher Weise widerspräche. Wie Reichel — allerdings beträchtlich früher — sieht auch Stampe in der Amts p f l i c h t des Richters zur Entscheidung gegen das Gesetz in gewissen Fällen das einzige Heilmittel für eine günstige Fortbildung des Rechts. — Ähnlich wie bei Reichel glaubt auch bei Stampe gesagt werden zu können, daß dieser Autor grundsätzlich auf dem Boden der herrschenden Rechtsquellentheorie steht. Die abwegige Anschauung von der Gesetzestreue des Richters, die diesen unter Gefahr der Verletzung seines Diensteides zur Entscheidung gemäß dem Gesetze zwinge und sogar an eine unrichtige Rechtsnorm binde, mag hier wie bei Reichel mitwirken und zeigt, wie wenig klar und einheitlich die Methodik unserer Rechtswissenschaft heute ist.

E i n s muß bei einer Vergleichung der Freirechtslehre mit der Interessenjurisprudenz noch hervorgehoben werden, daß nämlich die Beeinflussung Kantorowicz' durch Müller-Erzbachs Schrift von der Stellvertretung offenbar erscheint. Was M.-E. mit seiner „realen" Methode nur vorsichtig und andeutungsweise vertritt, erscheint bei Kantorowicz durchdacht, ergänzt — und was beachtlich ist — verallgemeinert wieder. Nicht nur die zeitliche Priorität, sondern auch der Mangel tiefer eigener Gedanken bei Kantorowicz [5]) sprechen für eine solche Auffassung. Dann

[1]) Jherings Jahrb., Band 53, S. 330 ff.
[2]) a. a. O. S. 338.
[3]) a. a. O. S. 311.
[4]) Rechtsfindung durch Interessenabwägung, D. Jur. Z. 1905, S. 713.
[5]) Vgl. das Eingeständnis von Gn. Fl., daß eine junge Bewegung nie genau gewußt habe, was sie wollte.

wäre darin auch der Grund zu finden, weshalb man gefühlsmäßig beide Bewegungen als zusammengehörig zu betrachten pflegt.

Zwei gleichartige Bestrebungen, als die man Interessenjurisprudenz und Freirechtsbewegung anzusehen geneigt ist, pflegen nie zusammenhanglos bei zwei Wissenschaftlern zu gleicher Zeit gedanklichen Ausdruck zu finden. Die Schrift Müller-Erzbachs war in der Form, wie sie vorlag, zunächst ungeeignet, eine Bewegung zu entfachen; sie war zu speziell, denn sie gründete ihre Untersuchungen, die neue Rechtsgrundsätze erbringen sollten, nur auf die Fälle der Rechtsordnung, in denen mittelbare Stellvertretungen rechtliche Regelung gefunden hatten. Erst der schüchterne Versuch der realen Methode hätte die Grundlage einer Bewegung abgeben können. M.-E. hatte versucht, seine Methode an einem praktischen Beispiel als eine praktische Interessenjurisprudenz zu erproben. Erst Kantorowicz entfachte auf der Grundlage der realen Methode die Bewegung. Er mußte aber dabei, sollte ihm nicht die Undurchführbarkeit seiner Grundsätze sofort nachgewiesen werden, auf Beispiele praktischer Anwendbarkeit verzichten. Diese Schwäche ist in der Schrift des Gnaeus Flavius fühlbar.

Das einzige Buch, das Gnaeus Flavius zu Recht in dem seinem „Kampf um die Rechtswissenschaft" angegliederten freirechtlichen Literaturverzeichnis anführte, war das erwähnte von Müller-Erzbach. —

Man konnte in Kantorowicz' Schrift Gedanken, die auf Eigenes zurückgingen, nicht auffinden. Die Anhängerschaft, die Kantorowicz' Schrift fand, bestand nicht aus Männern der Wissenschaft und ernsthaften Praktikern. „Utopien hatten immer etwas unendlich Einleuchtendes für die große Masse der Halbgebildeten, die selber nicht ahnen, wie vollständig sie unter dem Banne historischer Traditionen, angeerbter Vorstellung leben." [1])

Erst 1908 machte Müller-Erzbach, dessen Sympathie für Gnaeus Flavius aus seiner Anerkennung dessen Schrift, die er glänzend geschrieben, aber exzentrisch nennt [2]), deutlich wird, den Versuch einer wissenschaftlichen Darstellung seiner Lehre in dem Aufsatz „Der Durchbruch des Interessenrechts usw." Er sucht hier eine breitere Basis, glaubt, das Prinzip, das er für die mittelbare Stellvertretung angewendet hat, mit gutem Erfolg auch auf andere Rechtsfragen anwenden zu können. M.-E. hält es für eine berechtigte Forderung, daß ein Richter ein Gesetz abändern darf, ja seine Zustimmung zu Stampe bezeugt, daß er den Richter durch seine Amtspflicht für verpflichtet hält, das Gesetz abzuändern, wenn es wichtige Allgemeininteressen in nicht erträglicher Weise verletze.

Müller-Erzbach [3]) wehrt den Angriff Brütt's [4]) ab, der die Interessenjurisprudenz einer Gefährdung der Rechtssicherheit anklagt. Brütt sagt: „Alle Schriftsteller, die Rechtssätze aus der Interessenlage entwickeln

[1]) Viktor Ehrenberg: Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft, Göttinger Rede, 1903.
[2]) a. a. O. S. 339.
[3]) a. a. O. S. 342.
[4]) Die Kunst der Rechtsanwendung, S. 101 ff.

wollen, sind insoweit Gefühlsjuristen, als sie es unterlassen, ein Kriterium anzugeben, an dem man messen kann, ob eine bestimmte rechtliche Regelung der Interessenlage angemessen erscheint." Nach M.-E.[1]) hat nämlich der Richter, wenn er das bestehende Recht anwenden will, sich davon zu überzeugen, ob wirklich der zur Entscheidung stehende Konfliktsfall derselbe ist, wie der im Gesetz geschlichtete. Niemals dürfe er versuchen, seinen Fall rein äußerlich gewissen Wendungen und Begriffen des Gesetzes zu subsumieren, was so leicht auf ein unsachliches Dehnen und Pressen von Worten und Sätzen hinauslaufe. —

Was für Kantorowicz zu sagen war, der die Auslegung nicht zuläßt und insoweit das Gesetz für die weitaus meisten Fälle ausschalten will, um Freirecht anwenden zu können, gilt auch für Müller-Erzbach. Auch dieser Autor lehnt die Analogie, aber auch die Auslegung ab, wenn er sagt, daß die Interessenkonflikte des Lebens häufig nicht dieselben seien wie die im Gesetz autoritativ entschiedenen.

Es ist keine Entkräftung der Brütt'schen Anklage, wenn M.-E.[2]) einwendet: das habe mit Interessenjurisprudenz so wenig zu tun, daß gerade im Gegenteil diese Methode es sich zum Ziel setze, die Rechtsfindung soweit nur irgend anhängig von einer bloß gefühlsmäßig instinktiven zu einer intellektuellen zu „erheben" und damit erst einen festen Boden für die Rechtssicherheit zu schaffen.

Damit kann aber die Anklage der Gefährdung der Rechtssicherheit nicht entkräftet werden; man gibt vielmehr zu, daß hier ein rein subjektives Moment vorliegt, von dem M.-E. annimmt, daß es schon einen festen Boden für die Rechtssicherheit schaffen werde. Wer dem Richter die Stellung eines bloßen libripens zugesteht, irrt sich, wenn er meint, daß sich die Interessen nach Art von Handelsartikeln abwiegen ließen.[3]) — Wer glaubt, die gefühlsmäßige Schlichtung eines im Gesetz nicht normierten Interessenkonflikts mit Hilfe seines Intellekts zu kontrollieren, wird bald merken, daß das Gefühl, das aus dem Seelischen fließt, etwas ist, das durch den menschlichen Intellekt nicht überprüfbar ist. — Wenn aber der Verstand in einem Falle versagen muß, weil der Richter durch sein subjektives Werturteil nicht Recht sprechen kann, was kann dann die Interessenjurisprudenz von dem Vorwurf der Gefühlsjurisprudenz, was von dem Vorwurf rationalistischer Rechtsfindung reinigen?

Interessenjurisprudenz und Freirechtsbewegung haben also einen gemeinsamen Kern. Man kann sogar schließen, daß die Interessenjurisprudenz die primäre Bewegung ist, aus der sich die Freirechtsbewegung durch die Verallgemeinerung des Prinzips ausgesondert hat.

---

[1]) a. a. O. S. 336.
[2]) a. a. O. S. 342.
[3]) Manigk: Art. Interessenjurisprudenz, a. a. O. S. 315.

III.

Es ist ferner festzustellen: Die Lager beider Bewegungen sind geteilt; in jeder der beiden im Grunde gemeinsamen Richtungen kann man zwei Auffassungen unterscheiden:

Die eine Auffassung vertritt für die Interessenjurisprudenz Müller-Erzbach, für die Freirechtsbewegung Kantorowicz: ihr Ziel ist die Durchsetzung der Überlegenheit des richterlichen Werturteils vor dem geltenden Recht. Von dieser Auffassung, die sich in der nicht abgestrittenen Bekämpfung der Auslegung des nun einmal bestehenden, Begriffe voraussetzenden Gesetzes zeigt, kann kein Leugnen abbringen. Sie erstrebt mehr, als im allgemeinen vom Richter verlangt wird, nämlich dem einzelnen seinen Vorteil sichern, während es doch Aufgabe der Gerechtigkeit ist, das Unrecht abzuwehren. — Ehrenberg drückt das in dem schon erwähnten Vortrag über Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft etwa so aus: Häufig sei das Gesetz nichts weiter als ein notdürftiger Kompromiß widerstreitender Interessen, bei dem es unter verschiedenen Übeln das auswähle, welches es für das kleinere hält. Dann erscheine es niemandem als gerecht und sei gerade deshalb das denkbar gerechteste. — Hier ist klar erkannt, daß das Gesetz durch eine autoritative Interessenschlichtung den Richter vor Entscheidungen bewahrt, die er nur willkürlich fällen könnte, weil es ihm an genügender Einsicht fehlt.

Die Anschauung der beiden Vertreter dieser Richtung: Müller-Erzbachs und Kantorowicz' ist rationalistischer Individualismus.

Wenn Gnaeus Flavius[1]) sein Freirecht als ein Naturrecht in veränderter Gestalt wieder auferstehen läßt, so weist schon diese bewußte Anlehnung auf eine Ähnlichkeit modernistischer Ideenkreise mit Gedankengängen des Naturrechts hin, jenes Naturrechts, das aus dem Geiste der Renaissance geboren wurde, das die Freiheit der weltlichen Macht von der geistlichen des Papstes erstritt und das sich auch in der Reformation zu der Befreiung des Einzelmenschen von der Bevormundung durch einen Stellvertreter zwischen Gott und dem Menschen steigerte.

Dieser Zug nach Freiheit von der Unterdrückung durch aufgezwungene Fesseln war auch die geistige Triebfeder zur Rezeption. Das deutsche Recht, das — wie die Geschichte zeigt — sehr stark auf die Regelung der Beziehungen zwischen dem wirtschaftlich starken Grundherrn und dem schwachen Untertanen zugeschnitten war, hatte transpersonalistisches Gepräge; es war statisches Recht geworden, das von den interessierten Kreisen der Grundherren, die das Volk in fester Bindung haben wollten, im überlieferten Zustand erhalten wurde. Das Volk

[1]) Der Kampf um die RW., S. 10.

aber sehnte sich nach einem freieren Recht, das dynamisch dem Leben sich anzupassen geeignet war. Aber man war zu unfrei geworden und das geistige Leben in Deutschland war noch nicht reif, um die Fortbildung des Rechts in dynamischem Sinn aus eigener Kraft zu schaffen. Man sah das Vorbild in der Antike. Die Zeit der Renaissance sah in dem römischen Recht ein Recht, das einem wechselnden Leben angepaßt schien. Aber man merkte doch nach der Rezeption, daß an dem rezipierten Recht manches dem deutschen Volkskörper nicht paßte und man suchte nach einem Recht, das frei war von allem starren Zwange; denn auch das römische Recht, das zur Zeit der Klassiker ein Bewegungsrecht gewesen war, war trotz der Überlieferung der oberitalienischen Juristen inzwischen erstarrt.

Aus diesem Suchen nach einem gerechteren Recht, als es das rezipierte war, heraus ist die Naturrechtsbewegung zu verstehen. Der deutsche Rechtsgelehrte suchte sich, da die tiefstehende Praxis eine Fortentwicklung des Rechts nicht durchzusetzen vermochte, sein Recht in den Sternen; er glaubte es gäbe ein Recht, das ewige Geltung hätte. Betrachtet man aber die Naturrechtssysteme, die damals entsanden, so ist von einem natürlichen Recht nicht sehr viel zu merken. Hugo Grotius, der in seinem Buche „De jure belli ac pacis" für das Völkerrecht ein neues Recht erdenken mußte, lehnt sich in zahlreichen Fragen an Quellen römischer Juristen an. Man suchte in dem bestehenden Recht, das, was Ewigkeitswert zu haben schien, und glaubte, darin das natürliche Recht gefunden zu haben. In Wirklichkeit war es geschichtliches, geltendes Recht, das man sammelte: man forschte damit unbewußt historisch [1]). Wäre das nicht der Fall, dann wäre der Drang nach Gesetzgebung, der gerade der Naturrechtsbestrebung eigen war, nicht zu verstehen. Sieht man sich das preuß. A.L.R. auf seine Institute hin an, so ist zwar die äußere Gewandung neu und vorbildlos, aber der materielle Gehalt stellte großenteils geschichtliches Recht dar.

Auch dem Freirecht, jenem Naturrecht in veränderter Gestalt, war der Drang nach Dynamik im Recht eigen, der Drang nach Freiheit von der Starrheit der Gesetzesbestimmungen für ein Volk, das sich von einem Agrarstaat in einen Industriestaat verwandelt hatte und dessen Gesetze dieser Entwicklung nur wenig Rechnung trugen. Es wurde schon früher (oben S. 22) gezeigt, daß gerade in der Kodifikationsfeindlichkeit sich die Trennung der Wege des Naturrechts und des Freirechts zeigen mußte, und daß der gesetzlose Zustand für eine Weltanschauung, die mit dem veralteten transpersonalistischen System brechen wollte, das allein erstrebenswerte sein mußte. Die Freiheit gegen die Allgewalt übertriebener historischer Forschung wollte sich durchsetzen; aber es fehlte der Bewegung an Bescheidenheit, das geschichtlich Gewordene zu achten, zu erforschen. Daß die Naturrechtler — wenn auch unbewußt — geschichtlich forschten, indem sie das Recht, das in Geltung war, auf seinen Ewigkeitswert hin prüften, wurde schon angedeutet.

[1]) Vgl. Manigk, Savigny: S. 25.

Savigny stellte diesen Naturrechtlern gegenüber die Methode der bewußten geschichtlichen Rechtserforschung auf: man bekam dann zwar kein Naturrecht, wohl aber geltendes Recht, das der Volksüberzeugung entsprach.

Darin, d. i. in der Gegensatzstellung zur bewußt geschichtlichen Forschungsweise, unterscheiden sich die Modernisten auch von den Naturrechtlern. Insofern sind die Freirechtsanhänger auch keine Naturrechtler, sondern nur Rationalisten, die in der Theorie alles ihrer Vernunft anvertrauen, nichts der Erfahrung. Die Frage nach dem richtigen Recht ist zwar auch die Frage der Vertreter des Modernismus; aber da sie ihr Heil in der Vernunft und nicht in der Anwendung geltenden Rechts suchen, so vernichten sie in ihren extremsten Auswüchsen das Gesetz[1]) und damit die Rechtssicherheit.

Es gibt in beiden Lagern, dem der Interessenjurisprudenz und dem der Freiheitsbewegung, aber noch eine zweite Richtung, die man ebenfalls zusammenfassen kann: Sie wird vertreten für die Interessenjurisprudenz von Stampe, für die Freirechtsbewegung von Reichel.

Während Kantorowicz und wohl auch Müller-Erzbach die Forderung der Befreiung des Richters vom Gesetz leugnen, treten Stampe[2]) und Reichel[3]) offen für Richterfreiheit ein; und sie können es mit gutem Gewissen, denn beide treibt die Sorge um Fortentwicklung des Rechts. Beide gehören trotz ihrer methodisch unrichtigen extremen Forderung auf die Seite der Anhänger der herrschenden Rechtsquellenlehre.

Die Tatsache, daß das Recht mit seiner Erfassung der Lebensverhältnisse erst lange auf sich warten läßt, daß — wie Glungler[4]) es ausdrückt — die Spannungskurve des Rechts in unerträglichem Phasenabstand dem Strom der Lebenswirklichkeit folgt, ist wie allen Juristen, so auch Stampe und Reichel die Quelle der Schwerfälligkeiten der Rechtsfindung und der Rechtsanwendung. Dazu ist aber nicht nötig, den Richter amtlich zu verpflichten, contra legem zu entscheiden. War es etwa dem Richter bisher verwehrt, ein Urteil unter Außerachtlassung des Gesetzes zu fällen?

Wie sehr Reichel auf überkommener Anschauung fußt, zeigt sich, wenn er[5]) annimmt, der Richter, der entgegen dem Gesetz entscheidet, lebe der Hoffnung, die Abweichung vom Gesetz werde sich zu einem Gewohnheitsrecht auswachsen. Die Entscheidung contra legem müsse sich als antezipiertes Gewohnheitsrecht darstellen. Ist aber die herrschende Rechtsquellenlehre anderer Auffassung, wenn sie die Bildung von Gewohnheitsrecht selbst contra legem gestattet? So bleiben bei Reichel nur die z. T. berechtigten Angriffe gegen die Übertreibungen

[1]) Fehr: Recht und Wirklichkeit, S. 168.
[2]) D. Jur. Z. 1905, besonders S. 1017 ff.
[3]) a. a. O. S. 142.
[4]) a. a. O. S. 22.
[5]) a. a. O. S. 145.

der Rechtsanwendung: die restriktive Interpretation, die R. als Unterhölungsversuche bezeichnet.

Auch Stampe steht noch auf dem Boden der überlieferten Rechtsquellenlehre, wenn er die Befugnis (nicht einmal die amtliche Verpflichtung) des Richters zur Ergänzung des Gesetzes in unbeschränktem, zur Abänderung des Gesetzes in beschränktem Maße fordert [1]). Wäre die Gesetzesschöpfung ausreichend, so würde sich auch Stampe mit der Pflicht zur Anwendung dieses ausreichenden Gesetzes zufrieden geben. Auch Stampe richtet im Grunde seine Angriffe nur gegen die „Promenaden zum Begriffshimmel", die „Konstruktionsbuketts", die Auswüchse der Rechtsanwendungslehre.

Die Durchführung freirechtlicher Forderungen im Sinne ihrer extremen Vertreter Müller-Erzbach und Kantorowicz würde die Rechtssicherheit erschüttern. Das Urteil, das nach diesen theoretisch auf dem subjektiven Ermessen des Richters beruhte, würde von verschiedenen Beurteilern verschieden gefällt werden können. Damit träte ein neues Extrem der Richtung gegenüber, die jede Entscheidung aus dem Gesetz ableiten möchte. Jede Bewegung pflegt eine Gegenbewegung auszulösen. Der Formalismus, wie er sich unter dem Einfluß der jüngeren historischen Schule entwickelte, ist ebensowenig wünschenswert wie jene völlig freie Rechtsfindungs- und Entscheidungsweise, wie sie die Freirechtler lehren. Das Recht ist nun einmal formal. Es kann — und dadurch unterscheidet es sich von Sitte und Moral —, weil es im allgemeinen Zwangscharakter hat, nur in Gestalt von positiven Rechtsnormen wirksam werden [2]).

Zwischen den beiden Extremen: der logischen Methode mit ihrer Anerkennung von Gesetz und Gewohnheit als Rechtsquellen einerseits und der Freirechtsbewegung andererseits sucht die soziologische Schule zu vermitteln. — Was sie ist und was sie will, läßt sich aus den Schriften ihrer Vertreter nicht mit Sicherheit ermitteln.

Fehr [3]) sagt, die soziologische Jurisprudenz gehe einen vernünftigen Mittelweg, sie nehme nicht den Buchstaben, sondern den Sinn des Gesetzes zur Richtschnur und erkläre, daß auf die tatsächlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Gesellschafts- und Soziallebens Rücksicht zu nehmen sei. Während Fehr diese Schule als eine Gegenbewegung ansieht, vertritt Fuchs [4]) die Auffassung der Gleichartigkeit, ja sogar der Identität beider, wenn er von der soziologischen Freirechtsschule spricht. Fuchs leugnet zwar auch die Forderung, daß der Richter in bestimmten Fällen verpflichtet sein müsse, gegen das Gesetz zu entscheiden, aber in seiner Auslegungsfeindlichkeit steht er dem Freirecht-

[1]) a. a. O. besonders S. 1017.
[2]) Vgl. Manigk: Art. Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O. S. 474.
[3]) a. a. O. S. 168.
[4]) Juristischer Kulturkampf, S. 51 ff.

ler gleich, der nicht nur die Mängel der Rechtsanwendung bekämpft, der vielmehr auch Gesetz als Rechtsquelle ableugnet.

Wir sehen also, daß die Freirechtsbewegung in dem Sinne, den sie erhalten hat und unter dem sie bekannt geworden ist [1]), etwas Anorganisches war, eine Bewegung, welche die gesunde Entwicklung, wie sie von Adickes, Bülow, Schloßmann und Ehrlich ausging, durch ihre extreme Stellung zwar zeitweilig verwirrt, aber doch nicht von ihrem richtigen Wege abgedrängt hat. Diese Entwicklung ist vielmehr zur schnelleren Klärung gebracht worden.

IV.

Die Freirechtsbewegung ist Rechtsquellen- und Methodenbewegung zugleich. Daß sich diese beiden Arten in der Freirechtsbestrebung nicht trennen lassen, glaubt Verfasser nachgewiesen zu haben; auch Jung [2]) ist dieser Ansicht. Wenn man die Auslegung zum Zwecke der Anwendung einer bestimmten Rechtsnorm ablehnt, so betätigt man sich nicht bloß methodisch, weil man die Anwendbarkeit verwirft; man muß damit auch notwendig die Quelle eines Rechts ablehnen: das Gesetz, das in die Form des Begriffes gekleidet, an sich auf einen logisch dem Begriff unterzuordnenden Fall anwendbar wäre.

Die Frage nach der richtigen Fallentscheidung, deren Lösung ja auch Aufgabe der soziologischen Jurisprudenz ist, ist zunächst einmal die Frage nach dem richtigen Recht.

In einer rechtskulturell tiefstehenden Zeit wurde weniger Wert auf die Gerechtigkeit und Billigkeit der Entscheidung gelegt als auf die Bewahrung der Rechtssicherheit. Das Wenige an Rechtsnormen, das man hatte, war formal so bindend, daß für die Idee der Gerechtigkeit ein Raum nicht übrig blieb [3]). Im entwickelten Rechtsleben tritt die Lösung der Frage nach dem richtigen Recht in irgend einer Form in die Erscheinung. Die επιεικεια der Griechen wird durch die praktisch begabten Juristen Roms zur aequitas; das jus strictum wird durch das ius aequum verdrängt. Die Römer waren Rechtspolitiker von Natur; die Deutschen sind es nicht. Die Rezeption wurde im Drange nach Freiheit von dem formalen deutschen Recht mit seiner vorwiegenden Statik durchgeführt, weil man glaubte, im römischen Recht ein Recht zu finden, das der

1) Vgl. dagegen Kantorowicz: Aus der Vorgeschichte . . ., S. 6 ff.
2) Bürgerliches Recht.
3) Vgl. Manigk: Art. Formalismus, a. a. O. S. 475, I, 2.

Lebenswirklichkeit, der Forderung der Gerechtigkeit entsprach. Aber man sah auch hier nicht, daß das römische Recht, das der Lebenswirklichkeit entsprechen sollte, erstarrt war, weil es in der Überlieferung der mittelalterlichen Juristen wohl überkommen, nicht aber genügend fortentwickelt war[1]). — Dieses rezipierte Recht entsprach in vielen Normen nicht dem Rechtsideale, das sich damals die Juristen vom Rechte machten, denn man war kulturell über den Formalismus einer tieferen Stufe hinausgekommen.

Nichts anderes als das Streben nach dem wirklichkeitswahren Recht spricht aus dem Satze des Juristen Raimundus Lullus[2]), der den Juristen den Rat gibt, bei jeder Rechtsnorm erst nach der „ars magna" zu prüfen, ob ihr Inhalt wahr oder falsch sei. Sein Satz: „ius positivum ad ius naturale reducitur" dürfte nicht auf eine freirechtliche Einstellung im heutigen Sinn schließen lassen. Der Satz mag vielmehr im Stammler'schen Sinne bedeuten, daß sich das positive Recht nicht auf die Dauer von dem Rechtsideal entfernen wird, ohne sich durch derogierendes Gewohnheitsrecht in der Richtung nach wirklichkeitswahrem Recht zurückzubilden.

Aus diesem Streben nach dem wirklichkeitswahren, dem richtigen Recht ist nicht nur Raimundus Lullus[3]), sondern sind auch die Naturrechtler zu verstehen. Was Raimundus Lullus bewußt empfahl, aus dem positiven Recht nur das auszuwählen, zu übernehmen und zu lehren, was wahr sei, das taten auch die Naturrechtler; sie suchten zwar ein Idealrecht e ratione zu entwerfen, aber wir hörten schon, daß sie aus dem geltenden Recht das auszogen, was Ewigkeitswert zu haben schien. War Raimundus Lullus schon bewußt im gleichen Sinn wie später Savigny tätig, so waren es die Naturrechtler unbewußt: sie suchten dem Gerechtigkeitsideal durch eine Wertung des geltenden Rechts nahezukommen.

Daß die Naturrechtler gefunden zu haben glaubten, was sie suchten, das zeigt sich in dem Bestreben, das gefundene Wissenschaftsrecht in Kodifikationen zu kleiden, um diesem Recht durch staatlichen Akt Geltung zu verschaffen. Das preußische A.L.R., das diesen Bestrebungen entsprang, enthielt zahlreiche Sätze, die schon vorher geltendes Recht waren, aber wiederum auch solche Rechtsnormen, die einer praktischen Brauchbarkeit entbehrten, weil es keine Lebensverhältnisse gab, an denen sie sich erweisen sollten.

Das Werk Savigny's war es, festgestellt zu haben, daß das Gerechtigkeitsideal ja gar nichts e ratione Feststellbares, Allgemeingültiges ist, und er bekämpfte — bewußt auch im Hinblick auf das preußische A.L.R.[4])

---

[1]) Manigk: Wie stehen wir heute zum Naturrecht, 1926, S. 17 f.
[2]) Überliefert bei Savigny, Gesch. d. MA., Bd. 5, S. 540; vgl. Manigk: Wie stehen wir heute z. Naturrecht, S. 18.
[3]) Manigk nennt ihn einen Freirechtler naturrechtlicher Orientierung (a. a. O.).
[4]) Kantorowicz will in seinem Aufsatz: Was ist uns Savigny? (a. a. O. S. 51), Savigny damit einer ablehnenden Kritik aussetzen, daß er übermittelt, Savigny habe es — 1810 in die Kommission zur Errichtung der Universität Berlin berufen — durchgesetzt, daß nicht das preuß. A. L. R., sondern das gemeine Recht zur Grundlage des Rechtsstudiums gewählt wurde.

— eine unreife Gesetzgebung. Der Gesetzgeber war von der Güte und der Richtigkeit der Rechtsnormen so überzeugt, daß er dem Richter auftrug, auf keinerlei Meinung der Rechtslehrer Rücksicht zu nehmen [1]).

Savigny sah, daß das Gerechte nur an der Wirklichkeit, die er in der allgemeinen Rechtsüberzeugung verkörpert fand, feststellbar sei [2]); er bekämpfte deshalb diese naturrechtliche Überheblichkeit und wies bescheiden auf die Erfahrung hin. Manigk konnte mit Recht sagen, daß das Brauchbare der Freirechtslehre die heutige Bewegung gerade mit Savigny verbindet [3]). Und zutreffend ist es, wenn Schultzenstein [4]) Savignys Rechtsauffassung als Grundlage der heutigen soziologischen Jurisprudenz bezeichnet.

Wenn Savigny sagt: „die Rechtspflege wird scheinbar durch das Gesetzbuch, in der Tat aber durch etwas anderes, was außer dem Gesetzbuch liegt, als der wahrhaft regierenden Rechtsquelle beherrscht werden [5])", so klingt das fast wie das Credo eines bekenntnistreuen Freirechtlers.

Auch eines Mannes muß bei dieser Erörterung gedacht werden, der gewöhnlich in der Rechtswissenschaft nicht genannt zu werden pflegt: J. G. Herder [6]), der die geistigen Waffen schmiedete, mit denen der Rationalismus erfolgreich bekämpft wurde. In seiner Schrift „Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit" zieht er zu Felde nicht nur gegen die Naturrechtsauffassung, sondern auch gegen das gesamte geistige Leben seiner Zeit, gegen die rationalistische Scheinbildung; und mit seinem Hauptwerk „Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit", mit dem er die Bildung seines Zeitalters umgestaltete, stellt er das Recht als Kulturfaktor zwischen Sprache und Religion, als eine der drei großen Grundlagen menschlicher Entwicklung. Damit war der Weg für die Erkenntnis geebnet, daß die Idee der Gerechtigkeit uns nur subjektiv bewußt wird; die Vergegenständlichung im Bewußtsein des einzelnen ist erst das, was rational erfaßt werden kann. Das übereinstimmende Bewußtsein möglichst vieler Glieder in einem Gemeinwesen tritt als Rechtsüberzeugung in die Erscheinung und ist genau so wie das Leben und die Anschauung des einzelnen der Entwicklung unterworfen.

Wenn das „richtige Recht", das Stammler als Naturrecht mit wechselndem Inhalt bezeichnet, aber der Entwicklung unterworfen ist, dann ist eine Kodifikation, die doch für eine bestimmte Dauer berechnet ist, schwer mit der Wirklichkeit dauernd in Einklang zu halten. Um wieviel höher steht das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch als etwa das preußische Allgemeine Landrecht, wenn es bewußt in seiner Rechtssprache durch Treu und Glauben, Mißbrauch, Angemessenheit, wichtigen Grund, tunlich, verständige Würdigung des Falles, billiges Ermessen und ähn-

[1]) Vgl. § 6, Einleitung zum A. L. R.
[2]) Vgl. Savigny's Beruf, S. 30.
[3]) Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O. S. 478.
[4]) a. a. O. S. 69.
[5]) „Beruf", S. 22.
[6]) Vgl. Ehrenberg: Herders Bedeutung für die RW., Göttingen 1903.

liche Formeln der Lebenswirklichkeit durch diese Einflüsse Einlaß gewährt. So wird dem Gesetz die Übereinstimmung mit dem Gerechtigkeitsideal für eine gewisse Dauer ermöglicht. Wo aber die Rechtswirklichkeit sich stärker verändert, als daß durch die genannten Ventile ein Ausgleich erfolgen könnte, dann muß das Gesetz selbst verändert werden, damit Spannungen vermieden werden, die als Ungerechtigkeiten in einem Gemeinwesen Störungen hervorrufen.

Die Lösung der Frage nach der gerechten Fallentscheidung ist aber nicht bloß auf rechtspolitischem Gebiete in der Frage nach dem richtigen Rechtssatz, der Rechtssetzung [1]) zu suchen, sondern auch in der Frage nach der Rechtsanwendung, der Rechtsdeutung; diese berührt die Methodenlehre.

Daß beide Fragen sich nicht trennen lassen, hauptsächlich dann nicht, wenn die beschränkte Rechtsanwendungsmöglichkeit wegen der Annahme erheblicher Gesetzeslücken die Frage aufwirft, was denn nun als Recht angewendet werden soll, ist des öfteren hervorgehoben worden; vor allem in Hinblick auf die Freirechtler, die sich neuerdings allein auf die Klärung der Methodenfrage beschränken möchten [2]).

Die Frage der Rechtsanwendung, der Rechtsdeutung ist eng verknüpft mit der Frage der Geschlossenheit des Rechts.

Jung [3]) bezeichnet es als ein Verdienst der Freirechtslehre — Rechtsquellenbewegung, wie er sie nennt —, daß sie die Lehre von der logischen Geschlossenheit des Rechts zerstört habe. In Wirklichkeit war das — wie nachzuweisen ist — das Werk Savignys.

Daß die Naturrechtler, wenn sie trotz der Annahme eines überpositiven Rechts zur Kodifikation strebten, ihrem Grundsatz untreu geworden sind, haben sie selbst nicht bemerkt [4]). Sie sahen aber, daß die Naturrechtssysteme, die sie aufstellten, von solcher Verschiedenheit waren, daß es des autoritativen Befehls des Gesetzgebers bedurfte, damit ein Recht zur Geltung gelangte. Die überpositive Rechtsordnung, die sie als für alle Ewigkeit bestehend in der Kodifikation zu sehen geneigt waren, wurde zur positiven. Das naturrechtliche Geschlossenheitsdogma aber für das kodifizierte Recht aufzugeben, daran dachten sie nicht.

So verbot das Publikationspatent zum A.L.R. vom 9. 2. 1794 [5]) jedem Justizbeamten, Kollegium und Gericht, das neue Landrecht etwa auszulegen oder die geringste eigenmächtige Abweichung bei Vermeidung höchster Ungnade und schwerer Ahndung sich zu erlauben.

§ 6 der Einleitung zum preußischen A.L.R. verbot für künftige Entscheidungen die Rücksichtnahme auf Meinungen der Rechtslehrer oder

[1]) Glungler, a. a. O. S. 11.
[2]) Vgl. Kantorowicz: Vorgeschichte, S. 6.
[3]) Bürgerliches Recht.
[4]) Vgl. Manigk: Wie stehen wir heute zum Naturrecht, S. 23.
[5]) Wird auch zitiert bei Isay, a. a. O. S. 208.

ältere Aussprüche der Richter. Sollte der Richter kein Gesetz finden, das zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so bestimmte § 50, daß er diesen „vermeintlichen" Mangel der Gesetze dem Chef der Justiz sofort anzeigen müsse. Das „vermeintliche" zeigt deutlich das Festhalten an dem naturrechtlichen Geschlossenheitsdogma. An dieser Tatsache ändert auch § 49 der Einleitung nichts, der bestimmte, daß der Richter in einem solchen Falle nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß erkennen müsse.

Savigny's Abneigung gegen eine solche Gesetzgebung ist bekannt. Auch er wußte schon, daß der Richter mit einem Gesetzbuch, das aus einer Sammlung von Fallentscheidungen bestand, nur dann würde arbeiten können, wenn er aus den einzelnen Fällen, die entschieden waren, sich Begriffe herauszog, um seine Streitsachen diesen unterzuordnen. Savigny war aber nicht der Vater der Begriffsjurisprudenz, als den ihn die Modernisten gern hingestellt sehen möchten. Der Begriff ist Savigny nicht an sich erstrebenswert:

> „Jede Form ist gut und rätlich, deren Anwendung die klare gründliche Einsicht in ein Rechtsinstitut fördert; man soll daher in jedem einzelnen Falle dasjenige tun, was die eigentümliche Natur desselben erfordert." [1])

und: „omnis definitio in iure civili periculosa est." [2])

Wenn aber Savigny — wie seine Zeit — das Gesetz als Rechtsquelle bejahte, dann mußte er, um wirksam damit arbeiten zu können, die Zulassung wahrer Begriffe fordern. Das Recht ist nun einmal formal. Savigny erkannte es deshalb als seine Aufgabe, nur zu verhüten, daß es formalistisch in drückender Weise angewendet wurde.

Mit der Zulassung des Begriffes ist aber die Auslegung unvermeidbar. Die Auslegung sei eine Kunst und nicht etwas, das sich durch Regeln mitteilen oder erwerben ließe. Die in der Auslegung der Gesetze enthaltene freie Geistestätigkeit lasse sich dahin bestimmen, daß wir das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen [3]).

Savigny ist aber nicht nur ein Gegner des naturrechtlichen, sondern auch des Dogmas von der logischen Geschlossenheit des Rechts. — Dieses besagte, daß sich die positive Rechtsordnung auf alle auch nicht direkt dem Gesetz unterstellten Fälle anwenden lasse kraft einer logischen Expansionsfähigkeit der gesetzten Norm. Es verneint also das Vorhandensein von Lücken im Recht: Da, wo eine Rechtsnorm nicht direkt anwendbar sei, lasse sich der anzuwendende Rechtssatz logisch aus dem vorhandenen Gesetz konstruieren. Diese Auffassung, die für die neuere Zeit von Bergbohm [4]) vertreten wird, ist mit der Savigny'schen nicht vereinbar. Savigny betont, daß die Rechtsordnung Lücken habe. „Die Lückenergänzung muß aus dem positiven Recht selbst

[1]) System des heut. RömR., 1840, Bd. I, Vorrede, S. XLII, zitiert bei Schultzenstein, Fr. K. v. Savigny, S. 74.
[2]) System, Bd. 1, S. 47, Schultzenstein, S. 74.
[3]) System, Bd. 1, S. 211, 207.
[4]) a. a. O. S. 371 ff.

erfolgen, indem wir in demselben eine organisch bildende Kraft annehmen.“ [1]) Nach dem S i n n des Gesetzes müssen analoge Rechtssätze gefunden werden. Die „innere Konsequenz“ ist nicht immer eine bloße logische Konsequenz, sondern zugleich eine „organische“, die aus der Gesamtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Vorbilder hervorgeht [2]).

Alles, was logisch gefunden werden kann, gehört zur Auslegung; denn für das, was logisch erreichbar ist, besteht keine Lücke. Da es aber nach Savigny doch Lücken gibt, die durch bloß logische Folgerung nicht ausfüllbar sind, so soll ein „a n a logisches“, ein dem logischen ähnliches Verfahren, das nach dem Gesetz innerer Verwandtschaft forscht, den nötigen Rechtssatz finden. Diese Auffassung Savignys ist der heute wieder herrschenden Vorbild gewesen. Sie erduldete zahlreiche Anfeindungen, die ihr die Praxis der Schüler Savignys, der jüngeren historischen Schule, zuzog. Die Art der Lückenergänzung durch Analogie führte zu unpassenden Rechtssätzen, die juristische Konstruktion zu weltfremden Urteilen, denen man anmerkte, daß nur logisch, nicht aber nach der inneren Konsequenz gefolgert wurde. Der Gedanke der Überwindung allzu formalen Rechts zugunsten des gerechten Urteils, der die Rezeptionsbewegung mit der Naturrechtsepoche und mit Savigny verband, war durch eine formalistische Art der Rechtsanwendung zum Teil wieder verloren gegangen.

Savigny hatte bewußt das richtige Recht in dem ewig sich entwickelnden Volksrecht gefunden; seine Lückenergänzungslehre bot eine Gewähr für Berücksichtigung richtigen Rechts selbst da, wo sich Lücken fanden. Seinen Nachfolgern fehlte der Blick für das Wesentliche; sie nahmen die Form, die der Meister souverän anzuwenden verstand, als die Hauptsache und hantierten damit, ohne auf das Gesetz innerer Verwandtschaft, die „organische“ Zusammengehörigkeit zu achten. Sie verloren über der formalistischen Anwendung den Blick für das richtige Recht. Das mag die Folge des Fehlens einer philosophischen Fundierung der Lehren bei Savigny sein.

Zusammenfassend sei, auch im Hinblick auf die moderne Bestrebung der soziologischen Jurisprudenz, mit den Worten Manigk's [3]) festgestellt, daß

„die moderne den Richter vom Gesetz nach Möglichkeit befreiende und auf die Realitäten des Lebens verweisende Rechtsauffassung nichts ist, als eine besondere Gestaltung des historischen Rechtsprinzips. Es wird heute meist übersehen, daß das Schulprinzip Savignys die allerdings der Entfaltung harrenden Keime eines gesunden Modernismus enthält und die methodischen Grundsätze in der Anlage übermittelt, auf deren Boden wir insbesondere das Problem Gesetz und Richter der Lösung entgegenführen können.“

[1]) Savigny a. a. O. S. 293.
[2]) Savigny a. a. O. S. 292.
[3]) Savigny und der Modernismus im Recht, S. 13.

V.

Die Krisis der Justiz[1]), die als Tatsache nicht abgeleugnet werden soll, beruht mit Manigk[2]) zum größten Teil auf allgemeinen und tieferen Ursachen der Ungeklärtheit unseres gegenwärtigen Lebens. Sie beruhe aber in nicht unerheblichem Grade auch auf der dem Gegenwartsrechte ermangelnden metaphysischen Grundlage.

Soweit sie ihren Ursprung in dem Mangel einer geeigneten Gesetzgebungstätigkeit hat, die ihre Gesetze nicht an dem Gedanken des richtigen Rechts orientiert, ist sie hier nicht zu erörtern. Es sei aber hier festgestellt, daß ihr wohl die Hauptschuld an der Justizkrise zufällt: schlechte Gesetze bedingen schlechte Urteile, weil der Richter sich als an die Staatsautorität, die aus dem Gesetze spricht, gebunden hält.

Einen gewiß nicht kleinen Teil der Schuld an der Justizkrise trägt aber auch der erwähnte Fehler der Rechtspraxis, die Urteile zuweilen in Weltfremdheit und mit spitzfindigen Begründungen zu fällen. — Die zahlreichen guten Urteile, aus denen man die Persönlichkeit des Richters erkennt, verblassen oft vor wenigen schlechten Urteilen, die gerade deshalb in die Öffentlichkeit kommen und die — als Normalurteile angesehen — das Vertrauen in die Rechtsprechung grundlos untergraben.

Unerwähnt darf auch nicht bleiben, daß die Uneinigkeit in den eigenen Reihen, die bedauerliche, ausfällige Zensur, mit der von Seiten einzelner Freirechtler über die herrschende Lehre geurteilt wird, die Krise verhängnisvoll verschärfen. Nicht Zensur, die häufig nur das Anzeichen weltanschaulicher, ja politischer Gegnerstellung ist, sondern aufbauende und Wege zur Besserung weisende Kritik ist allein geeignet, gerechte Beurteilung einer Standesfrage zu gewähren.

Im Folgenden soll der Nachweis versucht werden, daß die Umkehr zur Besserung, soweit sie von der Tätigkeit des Recht anwendenden Richterstandes abhängt, durch die Rechtsprechungen der Gerichte, vor allem des Reichsgerichts, längst erfolgt ist.

[1]) Vgl. die Aufsätze von Müller und Edgar E. Jung in den Südd. Monatsheften 1929, Heft 4, „Krisis der Justiz."
[2]) Juristische Aufgaben der Rechtsphilosophie in Jur. Woch. 1930/234.

B. Die Darstellung der herrschenden Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre und ihrer Brauchbarkeit für die Lösung des Problems: Gesetz und Richter.

Dieser Abschnitt soll mit der Erinnerung an einen Mann beginnen, der schon vor 150 Jahren unser Problem klar erkannt hat, ohne es allerdings juristisch formuliert zu haben: Joh. Gottfried Herder [1]).

Herder hat durch die schon erwähnten Schriften „Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit" und „Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit" der naturrechtlichen rationalistischen Idee die historische und vergleichende Auffassung gegenübergestellt und lebendig gemacht. Nur die Erfahrung ermöglicht es, mit Sicherheit ein Urteil zu fällen; diese Erfahrung aber muß durch Vergleichung mit der Wirklichkeit und ihren Forderungen berichtigt werden. Herder weist als erster dem Rechte die ihm gebührende Stellung in der Geschichte der Menscheit an, und zwar zwischen Sprache und Religion. Damit war das Recht als eine der drei Grundlagen menschlicher Entwicklung entdeckt. Die Sprache ermögliche erst allen sozialen Verkehr, das Recht sichere ihn, und die Religion gebe den Menschen ein gemeinschaftliches Ideal, das Bild einer Vollkommenheit, der sie in Gemeinschaft zustreben [1]).

Sprache, Recht und Religion sind Ergebnis der Überlieferung und deshalb in Umbildung und steter Neubildung begriffen.

Wäre Herder Jurist gewesen, so wäre manche Irrung der späteren historischen Auffassung uns vielleicht erspart geblieben. Herder steigerte seinen Antirationalismus doch nicht dahin, um etwa rückblickend nur der Geschichte zu vertrauen. Herder forderte eben nicht nur die Befragung der Geschichte, sondern auch die Vergleichung des geschichtlichen Zustandes an den Forderungen der Gegenwart. Die Synthese, nach der hinzustreben das Ziel der modernen Rechtswissenschaft sein sollte, zwischen rationalistischem Naturrecht und unkritischer rein historischer Methode hatte Herder bereits erkannt.

Unter Ablehnung des Rousseau'schen contrat social sieht Herder in der Familie die Keimzelle aller sozialen Ordnung und aller staatlichen Gewalt, denn hier seien die beiden Grundformen des geordneten Zusammenlebens der Menschen von der Natur geregelt, nämlich das Herrschaftsverhältnis in der Beziehung der Eltern zu den Kindern und das gleichgestellte Verhältnis der Geschwister untereinander. Herder sieht in dem Herrschaftsverhältnis das universalistische Moment, erkennt aber in der Gleichstellung der Geschwister das individualisti-

[1]) Vgl. V. Ehrenberg's Vortrag: Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft.

sche Moment gleichzeitig an. Er lehnt es ab, mit den Rationalisten nur das Individuum als das Wesentliche und den Staat als aus einem Vertrage der einzelnen geschlossen anzuerkennen; er würde auch die Einstellung der modernen extremen Freirechtler in ihrer allzu individualistischen Einstellung verwerfen.

Herder lehnt aber auch das extrem Transpersonalistische ab: nicht der Staat allein ist das Ziel der Entwicklung; die Macht des Staates muß eine Eigensphäre des Einzelnen respektieren. Die Verschiedenheit der Begabung und des Charakters bedingt eine Verschiedenheit in der Entwicklung jedes Menschen. Herder muß damit auch die Notwendigkeit einer auf Verschiedenheit beruhenden Klassenbildung als Quelle für jeden Fortschritt erkennen.

Mit Herder ist die Frage nicht alternativ zu stellen: Individualismus o d e r Universalismus? Die Antwort liegt vielmehr in der kumulativen Anerkennung universalistischer u n d individualistischer Geltungsbereiche.[1])

Aus dem gleichen Gedanken heraus ist die Auffassung Herders zu verstehen, der auf Grund seiner Geschichtsforschung nicht etwa nun das gewordene Recht als ein Zustandsrecht ansieht, das in diesem Zustande zu erhalten wäre. Diese Auffassung wäre staatsegoistisch, weil ja der Staat als rechtliche Einrichtung grundsätzlich ein Interesse an seiner Erhaltung und an einer Ruhe im Recht hat.

Herder will das gewordene Recht, weil es sich bewährt hat, erhalten wissen, aber nicht formalistisch um der Ruhe willen. Er sieht im Recht vielmehr auch das stetig Werdende und sucht es in seinem Entwicklungszuge zu erfassen, um ihm zum rechtlichen Dasein zu verhelfen. Diese Forderung liegt im Sinne des einzelnen, der an der Entwicklung der Lebensverhältnisse unmittelbar beteiligt ist und der die rechtliche Regelung des sozialen Verkehrs, so wie ihn die Wirklichkeit verlangt, vom Staate erwartet.

Wer sich einseitig universalistisch oder individualistisch orientiert oder eine Rechtslehre im einen oder anderen Sinn aufstellt, verbaut sich für die P r a x i s des Rechts den Weg; denn Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, nicht etwa nur die Rechtssicherheit o d e r Gerechtigkeit durch besonderes Eingehen auf den Einzelfall zu gewährleisten. Man muß das transpersonalistische Moment der Rechtssicherheit, das dem notwendig formalen Charakter des Rechts nun einmal glücklicherweise entspricht, mit der Anwendung des richtigen Rechts, der Verwirklichung der Gerechtigkeit, jenem individualistischen Moment, das den einzelnen vor Übergriffen und Härten des positiven Rechts schützen soll, verbinden. Der Ausspruch „Fiat justitia, pereat mundus", sobald er bedeutet, daß die Gerechtigkeit dem formalen Recht zu opfern sei, ist im modernen Recht nicht mehr am Platze. Das summum jus darf nicht erstrebt werden, wenn es nur durch höchstes Unrecht im Einzelfalle erreichbar ist; dazu ist der Preis der Freiheit des Lebenden zu

[1]) So auch Manigk, JW. 1930 gegen Binder.

hoch. Daß der Zweck nicht die Mittel heiligt, muß im Rechtsstaate nicht nur in seiner Rechtsordnung anerkannt sein, sondern ist auch bei der Rechtsanwendung unablässig zu beachten.

Der Kampf der Weltanschauungen: Individualismus und Universalismus ist unvermeidlich immer nötig, um die Gefahr unerlaubter Übergriffe einer Weltanschauung zu beseitigen und die Mittellinie, die Synthese, zu kennzeichnen. Aber für die Praxis der Rechtsanwendung muß eine Methode herrschen, die ohne unberechtigte Zugeständnisse zur einen oder anderen Weltanschauung das Ziel verwirklicht: Rechtssicherheit und Gerechtigkeit.

I.

Der Artikel 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches gilt den Anhängern der herrschenden Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre als die Formel, auf die in Kürze ihre Auffassung zusammengefaßt werden kann:

„Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

Zunächst ist die Zulassung und Gleichstellung des Gewohnheitsrechts neben dem Gesetzesrecht beachtenswert. — Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch steht grundsätzlich auf diesem Standpunkt. Das ist nicht von selbst verständlich; es sei dabei nur an den § 2 des Entwurfs I zum BGB. erinnert, der gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen nur insoweit gelten lassen wollte, als das Gesetz selbst auf Gewohnheitsrecht verweise. Schon damals wurde also das Gewohnheitsrecht nur da als Recht anerkannt, wo der Staat es gestattete. Diese Norm bedeutete einen Fortschritt gegenüber dem reinen Positivismus, der — wie Roß [1]) sich ausdrückt — von dem Dogma vom Recht als dem Willen des Staates und dem Staate als einer über- und vorrechtlichen handgreiflichen Realität ausgeht. Die positivistische Auffassung gipfelt in dem Satze Bergbohms [2]):

„Damit eine praktische . . . Norm oder Regel positives Recht im Sinne der Jurisprudenz und Rechtswissenschaft in allen ihren Zweigen und Stufen sein könne, ist eine unerläßliche Bedingung die, daß sie die . . . wesentliche Rechtsform erworben habe, was nur auf die Weise geschehen konnte, daß ihr eine kompetente rechtsbildende Macht durch einen geeigneten äußerlichen erkennbaren Vorgang die Rechtsqualität verlieh."

[1]) a. a. O. S. 180.
[2]) a. a. O. S. 549.

Aber es wäre falsch zu sagen, daß etwa Bergbohm das Gewohnheitsrecht nicht anerkannt habe, nur will er — wie auch aus § 2 des Entwurfs I ersichtlich ist — wie jeder Positivist genau wissen, was als Recht gilt [1]).

Gewohnheitsrecht tritt dem Positivisten als etwas Ungeformtes entgegen, mit dem er deshalb zunächst nichts anzufangen weiß, weil er nicht beurteilen kann, ob es überhaupt besteht; es ist ihm deshalb unbequem, weil es bisher eines äußerlich erkennbaren Vorgangs entbehrt, der nach Bergbohm nötig ist, um ihm die Qualität als Rechtsnorm zu geben. Nach dieser Ansicht ist der Rechtssatz erst mit dem Rechtssetzungsakt wirkliches Recht, mochte er auch als Gewohnheit bereits bestanden haben.

Aus diesem Willen zum Greifbaren, an dem man die Geltung des Rechtssatzes erkennen könnte, scheint diese Lehre des Positivismus entstanden zu sein.

Das Gewohnheitsrecht ist diesen Vertretern nur ein subsidäres Recht minderer Qualität, weshalb es auch nur da angewendet werden soll, wo der Gesetzgeber ausdrücklich auf solches verweist.

Diese Gestattungstheorie hatte schon vor Bergbohm ihren Hauptvertreter in G. Rümelin [2]) gehabt.

Wertvolle Regelungen einer organisierten Gemeinschaft, die in Übung sind, können nach dieser Auffassung erst Rechtsnormen werden durch die Vergleichung staatlicher Autorität. Übung erhält erst damit Rechtscharakter, der ihr früher abging. Diese Auffassung auf den Gegensatz Universalismus — Individualismus übertragen würde als universalistisch zu bezeichnen sein. — Die Ausscheidung des Staates als Einzelsubjekt aus dem Volksganzen ist willkürlich und als weltanschaulich einseitig zu beurteilen.

Rümelins großer Antipode Zitelmann [3]) traf dabei schon viel eher das Richtige, wenn er in der Übung ein Anzeichen für das Bestehen von Gewohnheitsrecht sah. Vor allem aber erkannte er ganz richtig, wie übrigens schon Savigny und Puchta lehrten, daß das Gewohnheitsrecht ja kein subsidäres Recht sei, sondern ein Recht, das genau so gut wie das Gesetz seine Geltung habe.

Die andersartige Auffassung von Rümelin und Bergbohm scheint demgegenüber auf einer Überbewertung der zu erwartenden Zivilrechtskodifikation zu beruhen, der man wohl zutraute, sie könne mit ihren begrifflichen Normen das Gewohnheitsrecht, das man für praktisch unbrauchbar und deshalb für minderwertig hielt, außer Kraft setzen.

Daß diese Folge durchaus nicht eintrat, hat Jung für die Zeit nach dem Inkrafttreten des BGB. des öfteren überzeugend nachgewiesen.

Unter Gewohnheitsrecht wird dasjenige Recht verstanden, das — ohne vom Staate gesetzt worden zu sein — tatsächlich geübt wird [4]).

---

[1]) a. a. O. S. 548, Anm. 12.
[2]) Das Gewohnheitsrecht, Jher. Jahrb. B. 27, S. 153.
[3]) Gewohnheitsrecht und Irrtum, Arch. f. zivil. Pr., Bd. 66, S. 323 ff.
[4]) E. Jung, Bürgerliches Recht.

Bei diesem Recht bestanden zunächst Rechtsverwirklichungen, aus denen sich mit der Zeit ein allgemeiner Rechtssatz gebildet hat.

Von Zitelmann, der dieser Auffassung vom Gewohnheitsrecht sehr nahe kam, führte die geschichtliche Brücke zu Puchta und von ihm zu Savigny zurück. Beide sind die klassischen Vertreter der Lehre von der Geltung des Gewohnheitsrechts. Ein Zeichen für den erhabenen Geist Savignys ist es, in dem seinem „Volksgeist" entsprungenen Gewohnheitsrecht den Träger eines von rationalem Irrwahn freien wirklichkeitswahren und deshalb „richtigen", Gerechtigkeit verbürgenden Rechts gefunden zu haben.

Zitelmann [1]) führt Franz Adickes an, der uns schon in anderer Weise beschäftigte und der nach Z.'s Auffassung noch zu sehr von dem Erfordernis der Rechtsüberzeugung beim Gewohnheitsrecht Gebrauch mache. Vor allem hält Zitelmann die These für falsch, daß ein Satz des Gewohnheitsrechts durch eine entgegenstehende allgemeine Rechtsüberzeugung seine Geltungskraft verlieren solle, wie Adickes [2]) annimmt.

Die Frage der Stellung von Rechtsüberzeugung und Übung dürfte „der" Streitpunkt in der Lehre vom Gewohnheitsrecht sein.

So zeigt sich in dem neuerlichen Versuch Pommers [3]), die Antwort auf die Frage zu finden, wann denn die Übenden zu der Überzeugung kommen, daß das, was sie üben, Recht sei, das gleiche wie bei den Positivisten Rümelin und Bergbohm: Unbehagen gegenüber einem unbekannten Rechtssatz und das Suchen nach einem Merkmal, das das Entstandensein als positive Norm kenntlich macht.

Die Entscheidung, ob es sich bei der Norm, der eine Vereinbarung zweier Parteien unterliegt, um einen (gewohnheits- oder gesetzesrechtlichen) Rechtssatz oder eine Norm der Verkehrssitte oder noch allgemeiner der Sittlichkeit handelt, ist nur in einem Rechtsstreit zu erbringen. Ein Satz, der der Sitte angehört, kann durch häufige Verletzung erst dann zum rechtlichen Schutz eines Bedürfnisses herangezogen werden, der Satz also zu einem Rechtssatz werden, wenn die Zwangsmittel der Sitte nicht mehr ausreichen, um den dauernden Verstoß dagegen zu verhüten.

Zutreffend hat Jellinek vom Recht als einem ethischen Minimum gesprochen; das bedeutet, daß sittliche und rechtliche Normen nicht etwa dem Inhalte, sondern nur dem Grade nach verschieden sind und daß Interessen, die durch den Selbstschutz der Gesellschaft nicht oder nicht mehr geschützt werden können, unter den besonderen Schutz des Rechts genommen werden. Denn die staatliche Rechtsnorm hat im allgemeinen die Möglichkeit der Erzwingbarkeit in sich.

[1]) a. a. O. S. 445.
[2]) a. a. O. S. 63.
[3]) Marburger Dissertation 1929, a. a. O. S. 50.

Das wesentliche Mitwirken der Gerichte bei der Feststellung der Gattung einer Norm (d. h. ob Rechts- oder Sittlichkeitsnorm) ist nicht zu entbehren: entweder geben sich die Parteien, wenn das beiderseitige soziale Verhältnis durch die eine Partei verletzt wird, damit zufrieden; oder aber sie rufen die Gerichte an. Im ersten Falle bleibt unentschieden, ob der Satz Rechts- oder Sittlichkeitsnorm ist; erst im zweiten Fall liegt die Entscheidung bei dem Gericht als staatlich zugelassener Instanz.

Zum Begriff eines geltenden Gewohnheitsrechts wurde von Savigny-Puchta die dem Volksgeiste entspringende Rechtsüberzeugung, die sich in der Übung zeige, verlangt: die Uberzeugung der Beteiligten, daß das, was sie üben, Recht ist.

Man muß sich vergegenwärtigen, daß Savigny gegen eine Kodifikationsbestrebung kämpfte, deren Normen — wenn sie auch unbewußt der Erfahrung entnommen waren, — doch rational in naturrechtlichem Geiste gedacht und erdacht waren. Diese Kodifikation hatte die Brauchbarkeit ihrer Normen, soweit sie rational gefunden waren („reale Methode"), erst durch die Fähigkeit, Rechtsverhältnisse mit Erfolg zu bilden oder zu schlichten, zu beweisen. — Das Gesetzesrecht war in Savigny'schem Sinne vielmehr etwas dem Gewohnheitsrecht Untergeordnetes. Savignys Kampf gegen die Einführung des preußischen Rechts in den Lehrplan der Berliner Universität legt davon Zeugnis ab.

Das hinderte aber nicht, daß später das Gesetzesrecht dem Gewohnheitsrecht gleichgestellt wurde, ja, daß es sogar infolge der Bestrebungen der positivistischen Richtung (Bergbohm, Rümelin) als alleinige Rechtsquelle festgelegt werden sollte. Es muß aus Savigny'scher Grundanschauung gesagt werden, daß für die Geltung des Gesetzesrechts nicht die Tatsache ausschlaggebend war, daß es vom Gesetzgeber geschaffen wird. Auch für die Geltung des Gesetzesrechts muß das Erfordernis der Volksüberzeugung hinzukommen. Für Savigny gab es nur ein Recht: dasjenige, das dem Volksgeist entsprach; gleichgültig war dabei, ob es auf Gesetz oder Gewohnheit beruhte.

Wenn Roß[1]) sagt, daß als rechtstheoretischer Begriff das Gewohnheitsrecht nicht eine gewisse Stufe, sondern alles Recht bezeichne, das auf eine besondere Weise entstanden ist, so gilt das schon in der von Savigny vertretenen Lehre.

Diese Auffassung wird noch deutlicher, wenn man auf Herder'sche Grundanschauungen zurückgeht.

Wenn Ehrenberg[2]) in dem schon erwähnten Vortrag über Herders Bedeutung für die Rechtswissenschaft in Herders geschichtlicher Auffassung vom Recht, in dessen Anfang und Fortgang in gleicher Weise das Werk menschlicher Naturanlage und menschlicher Gesellschaft, das

[1]) a. a. O. S. 426.
[2]) a. a. O. S. 15 ff.

Produkt der unendlich zahlreichen im Zusammenleben der Menschen miteinander und gegeneinander wirkenden Kräfte sieht, so hat er damit den Gedanken Savignys erfaßt. — Aber ungenau sagt Ehrenberg weiter: damit sei ohne weiteres das große Problem von der Entstehung und von der verbindlichen Kraft des Gewohnheits-Rechts gelöst.

Darin steckt nicht etwa das Problem des Gewohnheitsrechts — auch Ehrenberg faßt es hier wohl falsch im Gegensatz zu Gesetzesrecht —, sondern das Problem des geltenden Rechts überhaupt: Das geltende Recht (ob es nun im Gesetz oder in der Gewohnheit steht) kann nur deshalb gelten, weil es die Volksüberzeugung hinter sich hat.

Herder'sche Geschichtsphilosophie auf das Gebiet der Rechtswissenschaft zu übertragen, wäre für Ehrenberg eine hervorragende Aufgabe gewesen.

Herder hat eine Tragik in der Geschichte der Menschheit erkannt, daß der Mensch immer versucht hat, das Ideale, Ewige, an sich Wahre durch die Vernunft zu erfassen. Das hatte ihm erst kürzlich der Rationalismus gezeigt: die Selbsterhebung der Vernunft zum Herrscher und Urheber des Lebens. Die Seele, das Gefühl, das Herz (die Römer sagten: pectus facit iurisconsultum), ist etwas, das dem menschlichen Geiste unzugänglich ist. Der Kopf, das Gehirn, der Sitz der Denkfähigkeit kann nur den Körper mit seinen Sinnesorganen regieren. Der Mensch kann nicht mit einem ungeeigneten Hilfsmittel, dem menschlichen Verstande, die Wahrheit erforschen. Die Überheblichkeit in der Beurteilung der Geisteskräfte, dieses „Einhertreten auf der eigenen Spur aus eigener Macht und Weisheit, aus eigenem Wollen und Können" ist der Ursprung alles Übels.

Der „Gedanke" ist das Verhängnisvolle am Menschen. Im gleichen Sinne hat Klages von dem „Geist als Widersacher der Seele" gesprochen.

Auf dieser idealistischen Grundanschauung beruht auch Herders Auffassung vom Recht.

Goethes [1]) Faust, auf dessen philosophischen Gehalt Herder durch seinen beachtlichen Einfluß auf den jungen Goethe wesentlich gewirkt hat, ist in diesem idealistischen Geiste geschrieben:

„Wenn ihr's nicht fühlt, ihr werdet's nicht erjagen,
Wenn es nicht aus der Seele dringt."

Goethe meint damit, daß das Streben des Menschen, durch rationalistisches Konstruieren hinter den Ursprung der Dinge zu kommen, ein erfolgloses Unternehmen sein muß.

Wir können nichts erkennen von uns aus, was sich uns nicht offenbart, sondern müssen es erfahren und erleben. Nur durch das Erlebnis werden wir wissend. Der menschliche Geist ist nur in der Lage, das Bild zu erfassen, das sich der einzelne von dem Idealen macht. Das an sich Wahre wird uns nur subjektiv bewußt; es ist in der Anschauung des einzelnen vergegenständlicht. Diese subjektive Anschauung

[1]) Wahrheit und Dichtung, besonders Buch 9 und 11.

des einzelnen, sein Werturteil, kann aber Gegenstand vernunftmäßiger Erwägung sein. Man kann sie mit der Anschauung anderer vergleichen.

Da der Mensch ein ζῶον πολιτικόν ist, das für die Gemeinschaft und in ihr lebt, so ist nicht die subjektive Anschauung eines einzelnen, sondern diejenige möglichst vieler einzelner zu suchen. Was als allgemeinverbindlich gelten soll, muß auf gemeinsamer Überzeugung beruhen. Die Überzeugung aber pflegt im Staate nicht durch Umfrage festgestellt zu werden, sie zeigt sich vielmehr in der Übung. Die Übung ist daher Symptom für die Allgemeingeltung. Die Überzeugung, daß etwas als Recht gelten soll, dargetan an der Übung, ist in Herder'scher Auffassung das Zeichen dafür, daß eine Norm als Rechtsnorm gilt.

Von einer Unterscheidung zwischen gesetztem Recht und Gewohnheitsrecht kann hierbei keine Rede sein. — Wenn Jung [1]) sagt, das Gewohnheitsrecht sei eine minder positive Art von Recht als das Gesetzesrecht, so führt er das auf die Behauptung zurück, der Vorzug des positiven Rechts sei es, daß dabei nur auf das Bekanntsein der Regel und ihre logische Verwendung abgestellt wird, nicht auf das Anerkanntsein [2]), das naturgemäß letztlich subjektiv sei. Diese Behauptung ist unbewiesen und wird hier bestritten. Um Rechtsnorm zu sein, ist das Anerkanntsein der Norm objektiv erforderlich; das bloße Bekanntsein genügt nicht.

Den Gedanken, daß die Tatsache des Bestehens einer staatlich gesetzten Norm schon deshalb, weil sie da ist, eine höhere Kulturstufe darstelle, äußerte im Anschluß an seinen Lehrer Sokrates schon Plato. Die Positivität sei — ohne Rücksicht auf die Rechtsrichtigkeit der Norm — deshalb zu bevorzugen, weil sie ein Lebensverhältnis regele. Das vertreten auch die Positivisten der Jahrhundertwende, die auf Laband und Geber sich stützend die lex deshalb allein für bindend ansahen, weil sie die einzige Möglichkeit gab, den Gesamtwillen durch die Gesetzgebungstechnik zu formulieren. Diese Auffassung ist nicht haltbar.

Man kann zwar im Parlamentsbeschluß ein Anzeichen für eine Volksüberzeugung sehen; aber zu glauben, daß das Volk sich in der Frage, was es für Recht hält, durch wenige, oft dem Leben fernstehende Parlamentarier vertreten ließe, ist ebenso verfehlt, wie die Ansicht, der Gesetzgeber könne durch Parlamentsbeschluß feststellen, daß ein bis dahin bestehender Rechtssatz nun nicht mehr gelten solle, obwohl die Notwendigkeit dieses Rechtssatzes für die Regelung des sozialen Verkehrs unter den Volksgenossen feststeht.

Die Gewohnheit ist stärker als das Gesetz; da sie von den Volkskreisen geübt wird, die das Recht brauchen, garantiert sie die Richtigkeit eher als das Gesetz, das als rationales Produkt als Beschluß einer Parlamentsmehrheit häufig erlassen wird, ohne daß ein Lebensbedürfnis besteht, auf das es anwendbar wäre.

---

[1]) Bürgerliches Recht.
[2]) Festgabe f. RG., Bd. 3, S. 171.

Man wende also nicht ein, daß ja das Gesetzesrecht in dem Parlamentsbeschluß, der es hervorbringt, die nötige opinio necessitatis, die Überzeugung, daß es als Recht gelten soll, erwiesen habe. Von dieser Rechtsüberzeugung, die häufig nur formell da ist und ein Kompromiß der augenblicklichen Koalition darstellt, soll hier nicht die Rede sein. Aber wo bleibt die Übung? Die Gesetzgebungstaktik des letzten Jahrzehnts, die eine Überproduktion an schlechten Gesetzen brachte, hat Goldschmidt von einer „Gesetzesdämmerung" sprechen lassen. Soll sich jede Partei auf solche Gesetze berufen dürfen? Der rechtsrevolutionäre Grundsatz, daß Mark = Mark sei, war formalistisch und falsch, und doch berief und beruft man sich dauernd auf ihn. Es gibt deshalb keine Gerechtigkeit der Positivität bei einem Satz des Gesetzestextes, der zwar bekannt, nicht aber als geltend anerkannt ist.

Jung[1]) sagt, das Wesen der Positivität liege darin, daß ein bestimmter Rechtssatz als geltendes Recht bekannt sei in dieser Rechtsgemeinschaft und daß daher jeder Genosse dieser Rechtsgemeinschaft das jener bekannten Regel entsprechende Verhalten von den Mitgliedern dieser Rechtsgemeinschaft erwarte oder erwarten könne. Deshalb müsse der Richter, selbst wenn ihm das durch die Regel erforderte Ergebnis unbillig erscheint, doch ein Urteil gemäß der Regel, trotz der dabei empfundenen Härte fällen; denn dieses Urteil sei auch das Billige, das Gerechte, weil das Abweichen von der Regel die größere Härte für den Gegner bedeute, der sich auf das Befolgtwerden der bekannten Regel verlassen durfte.

Jene Gerechtigkeit der Positivität ist u. E. abzulehnen. Wo bliebe dann die Entwicklung des Rechts, wenn nicht der Richter nach § 242 BGB. den Grundsatz von Treu und Glauben für maßgebend erachten könnte und durch diesen, wenn auch verschleierten Bruch des formalistischen Rechts dem richtigen Recht zur Geltung verhelfen könnte?

Läßt man die im Laufe der Entwicklung mißverstandene Auffassung Savignys vom Gewohnheitsrecht, das man als ein dem Gesetzesrecht unterlegenes Recht ansah, beiseite und sieht man auch von dem unwichtigen Unterschied der Entstehungsart von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht ab, betrachtet man vielmehr bloß das Recht, dann muß man einem unfähigen Gesetzgeber gegenüber nur das als Recht gelten lassen dürfen, was der Volksüberzeugung entspricht.

Die Kodifikation des Bürgerlichen Gesetzbuchs hat bestehendes Gewohnheitsrecht zu Gesetzesrecht werden lassen, indem es solche Rechtssätze in sich aufgenommen hat (es enthält also bewußt geschichtliches Recht); neues Gewohnheitsrecht hat sich gebildet, aber nur deshalb, weil es durch die Praxis der Gerichte geübt wird. Das Gesetzesrecht ist einmal von Bülow als antezipiertes Gewohnheitsrecht bezeichnet worden; jedes Gesetz gilt nur durch seine Anwendung. Würde der Richter jedes — selbst das verfassungsmäßig zustande gekommene — der Rechtsrichtigkeit widersprechende Gesetz anwenden,

[1]) Bürgerliches Recht.

dann käme man von dem zu erstrebenden Grundsatz des gerechten Urteils, das nicht nur der Überzeugung einer gelegentlichen Parlamentsmehrheit entsprechen soll, so weit ab, daß der Staat staatsegoistisch eine erträgliche Rechtsfortentwicklung unterbände.

Einen brauchbaren Gedanken steuerten auch die Positivisten Bergbohm und Rümelin bei; sie lehnten zwar das Gewohnheitsrecht, soweit es nicht durch geschichtlichen äußeren Vorgang (etwa Kodifikation) zum Gesetz erhoben war, als Entscheidungsnorm ab, aber wie ich nachzuweisen versuchte, wegen des Unbestimmten, das dem Gewohnheitsrecht der spätgeschichtlichen Epoche anhaftete. Das Erfordernis der Übung, das Symptom für das Vorhandensein der Rechtsüberzeugung ist, mußte ein erkennbares Merkmal werden.

Hier ist Jung's Gesichtspunkt der Posivität am Platze:

„Spruchrecht ist dann geltendes Recht geworden, wenn der (Gesetzes- oder Gewohnheits-) Rechtssatz derart im Verkehr bekannt ist, daß in einem neu auftretenden Fall das unvermittelte Abweichen von der Entscheidung als materielle Rechtskränkung des Gegenüber erscheint, der sich auf die Entscheidung verließ."

Das Gericht ist die Stelle, die erkennbar die Norm als Rechtssatz oder als Satz der Sitte unterscheidet; die Gesetzesnorm ist ohne ihre Anwendung im Leben noch unerprobt, ihre Tauglichkeit nicht erwiesen. Das richterliche Urteil ist aber nicht Rechtsquelle; es ist Anzeichen für das Bestehen einer Volksüberzeugung, die sonst wegen ihrer schweren Feststellbarkeit wenig greifbar wäre. Rechtsquelle ist einzig und allein nur der Gemeinschaftswillen, der aus der allgemeinen Volksüberzeugung fließt. Aber nur etwas Konkretes, Positives ist als Entscheidungsgrundlage geeignet: das Urteil, in dem sich Volksüberzeugung anzeigt. Gesetzesrecht, soweit es nicht schon geltendes Gewohnheitsrecht war, ist nur einem Wunsche des Parlaments gleichzuachten, an den sich die Lebenswirklichkeit in der Person der Rechtspflegeorgane vielleicht nicht kehrt.

In der Praxis wird meist das neue Gesetzesrecht so stark dem Rechtsempfinden des Volkes angepaßt sein, daß es schon mit der Verkündung als geltend erscheint. — Das ist ferner besonders da der Fall, wo es sich um Bestimmungen handelt, die dem Rechtsfühlen fern liegen und im Sinne der Idee des Rechts indifferent so oder so entschieden sein können, bei denen es nur darauf ankommt, daß eine einheitliche Regelung gegeben wird: so bei allen formalen Vorschriften des Zivil- und Prozeßrechts und Normen des öffentlichen Rechts überhaupt. — Auch die Normen des Strafrechts, obwohl diese am ehesten rechtsphilosophisch umstritten sind, müssen aus ihrem öffentlichen Zweck heraus kraft des unumstößlichen Satzes nulla poena sine lege schon mit der Verkündung als geltend erscheinen.

Methodisch falsch wäre es aber, daraus zu schließen, daß der Gesetzgebungsakt Rechtsquelle sei. Diese besteht in der Konsequenz der herrschenden Lehre allein im Gemeinschaftswillen. Erst die Rechtsprechung ist die Geburtsstunde geltenden, d. h. positiven Rechts.

Im Zivilrecht wirkt der einmal oder des öfteren angewendete Rechtssatz in seiner Rechtskraft zunächst inter partes; er ist ius nasciturum; durch Übung, die ihn als im Verkehr genügend bekannt erscheinen läßt, erhält er, wenn ihm auch die Rechtsüberzeugnug zur Seite steht, die Rechtskraft inter omnes; d. h. er wird positiv.

Die hier vertretene Auffassung stimmt im Grunde mit der von E. Kaufmann[1]) vermittelten überein, so besonders in der Erkenntnis, daß die Idee der Gerechtigkeit sich nicht in abstrakte, allgemeine und sachliche Normen auflösen läßt[2]). Aber während Kaufmann nur die gerechte und sittliche Persönlichkeit das gerechte Urteil verbürgen läßt, wurde es hier auf den der Volksüberzeugung entspringenden Gemeinwillen abgestellt.

Wie bei Kaufmann wird auch hier das Staatsgesetz noch nicht als wirkliches, geltendes Recht angesehen, solange es noch unangewendet ist. Wenn aber Kaufmann sagt[3]), daß der Staat nicht Recht schaffe, sondern nur Gesetze (denn Staat und Gesetz stehen unter dem Recht), so ist damit das Recht im Sinne von Rechtsidee fälschlich als etwas rational Undefinierbares, Unerforschliches festgestellt und so der Idee des Rechts gleichgesetzt.

Anschütz[4]) sprach es aus, daß mit dieser Auffassung Kaufmanns die Idee des Naturrechts wieder durchgebrochen sei.

Jener Ansicht Kaufmanns ist zu widersprechen; Recht und Idee des Rechts sind völlig verschieden. Der Staat kann nicht nur Gesetze, sondern auch Recht schaffen. Gesetz ist ebenso wie Gewohnheit nur die übliche Erscheinungsform vom Recht, das äußere Kleid, in dem es die in ihm enthaltenen rechtlichen Entscheidungsnormen erkennbar macht. — Der Staat kann durch die Gemeinschaft auch Recht schaffen: Die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft, wenn sie geübt wird, ist Recht, aber nicht etwa etwas Imaginäres, sondern etwas Substantielles, das auffindbar ist. Die Gemeinschaft schafft Recht, der Staat die Gesetze. Von der hier vertretenen Auffassung ist Anschütz[5]) zuzustimmen, der „im Recht den Ausdruck einer menschlichen Macht sieht, die sich auf den Gemeinwillen stützt, ob es sich um ein geschriebenes Recht oder um Gewohnheitsnormen handelt."

„Es versteht sich von selbst, daß auch das Gewohnheitsrecht positives Recht ist."

Erweiternd muß man sagen: nur das geltende Gesetz und die geltende Gewohnheit sind Recht.

[1]) a. a. O. S. 16.
[2]) a. a. O. S. 11 sagt E. Kaufmann: Definieren läßt sich nur, was Gegenstand mittelbarer Erkenntnis ist. Das unmittelbar Erkannte ist als solches undefinierbar. Auch das Gute, Schöne, Wahre ist nicht zu definieren, weil es unmittelbar gewiß wird.
[3]) a. a. O. S. 19.
[4]) Veröffentlichung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 3, 1927. S. 47.
[5]) a. a. O. S. 47.

Auf die Frage des richterlichen Prüfungsrechts des Gesetzes im Hinblick auf das Gerechtigkeitserfordernis wird von Anschütz wie folgt geantwortet:

„Der Richter darf sich nicht spezifisch gesetzgeberische Aufgaben anmaßen. Würde man aber dem Reichsgericht verbieten, wenn es nötig ist, auch gegen die Gesetze zu entscheiden, dann würde das zu einer Politisierung der Justiz führen. Man übertrüge ja geradezu die Souveränität auf diesen höchsten Richter; das wäre Politisierung, Degeneration der Justiz und widerspräche der Idee des Rechtsstaates."

Die Verpflichtung des Richters, gegen das Gesetz zu entscheiden, wenn es nach seiner Auffassung zu einem ungerechten Urteil führt, wäre freirechtlerisch und öffnete der Willkür Tor und Tür; aber eine Verpflichtung des Richters, auf jeden Fall nach dem Gesetz zu entscheiden, ist ebenso abwegig; denn die „Gerechtigkeit der Positivität" erkannten wir als einen Grundsatz, der eine Fortbildung des Rechts unterbinden würde.

Zusammenfassend seien als Fortbildung der herrschenden Auffassung von den Rechtsquellen folgende Sätze aufgestellt:

1. Die Bezeichnungen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht sind nur Unterscheidungen der Rechtsnormen nach der Art ihrer Entstehung.
2. Rechtsquelle ist allein der aus der allgemeinen Volksüberzeugung fließende Gemeinwille.
3. Gesetz und Gewohnheit sind die Erscheinungsformen des Rechts. Nur das geltende Gesetz, die geltende Gewohnheit sind Recht.
4. Die Kodifikation stellt, soweit sie bestehendes Gewohnheitsrecht in Gesetzesrechtssätze faßte, schon geltendes Recht dar.
5. Die Kodifikation ist, soweit neue Rechtssätze aufgestellt wurden, die ihre Verwendbarkeit noch nicht erwiesen haben, erst ein Plan für eine Ergänzung der Rechtsordnung.
6. Das aus der Rechtsprechung entstehende neue Recht muß durch ein der Erkenntnis zugängliches objektiv zu würdigendes Mittel fundiert werden. Diese Fundierung ist in den Entscheidungen des obersten Gerichts gegeben. Dieses Spruchrecht ist positives Recht.

II.

Wenn wir das Problem des erstrebten Zieles: der Rechtssicherheit in Verbindung mit der Gerechtigkeit nicht in der alternativen Fragestellung des Entweder — Oder, sondern in der kumulativen Zulassung universalistischer und individualistischer Elemente fanden, so dürfen wir bei dem Ergebnis, daß wir die Rechtsquelle in dem Gesamtwillen der Gemeinschaft erkannten, nicht stehen bleiben.

Schon Herder hatte gefunden, daß man sich nicht damit begnügen dürfe, das geltende Recht, so wie es dem Volke sich angepaßt habe,

zu erforschen. Herder sah im Recht auch etwas fortdauernd Werdendes und strebte nach Erkenntnis dieses Werdenden. Die Erfahrung ermöglicht es mit Sicherheit, ein Urteil zu fällen; aber die Erfahrung muß durch Vergleichung mit der Wirklichkeit berichtigt werden. Sie muß der Lebenswirklichkeit eines Volkes immer entsprechen.

Wenn Fehr[1]) die soziologische Jurisprudenz die wirklichkeitswahre genannt hat, so hat sie in Herder wohl einen ihrer ersten Vertreter gehabt. Auch Goethe, der in seiner Jugend von Herder'schem Geiste stark durchdrungen war und blieb, steht auf dieser Auffassung vom Recht als einem wandelbaren, in steter Entwicklung befindlichen Lebensfaktor.

Der von zahlreichen Autoren zitierte Spruch, der des öfteren[2]) als Beweis für eine naturrechtliche Auffassung Goethes angeführt wird:

„Es erben sich Gesetz und Recht
Wie eine ew'ge Krankheit fort,
Sie schleppen von Geschlecht sich zum Geschlechte
Und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage;
Weh' dir, daß du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
Von dem ist leider! nie die Frage.

ist im Anschluß an Herder'sche Ideen als historischer Anschauung entsprungen anzusehen.

Und lesen wir in „Wahrheit und Dichtung" im neunten Buche von den juristischen Lehrbräuchen in Straßburg, daß man nicht nachfrage, wie und wo ein Gesetz entsprungen sei, wie es sich durch Zeit und Gewohnheit abgeändert und inwiefern es sich durch falsche Auslegung oder verkehrten Gerichtsgebrauch vielleicht gar umgewendet habe, so glauben wir hier Herder'sche Gedanken herauszuhören.

Das Zitat aus dem „Faust" deutet nicht auf Goethe's Einstellung zum Naturrecht hin; denn davon sei — wie Manigk a. a. O. bemerkt — seit 2000 Jahren immer die Frage gewesen. Man kann also nicht sagen, daß der Teufel ja übertreibe, weil er den Jünger der Rechtswissenschaft entfremden wollte. Goethe meinte es ohne Zweifel ernst mit seinen Worten: Weh' dir, daß du ein Enkel bist! Der Nachkomme hat unter den unveränderten, in die neue Zeit nicht mehr passenden Rechtssätzen der Vergangenheit zu leiden. Von dem Rechte, das „mit uns", d. h. wie der Mensch, dauernd neu im Werden ist und das das Leben in seiner Wirklichkeit erfassen sollte, davon wisse die damalige Rechtswissenschaft noch nichts. Goethe war mit Herder der erste Vertreter einer wirklichkeitswahren — soziologischen — Jurisprudenz[3]).

---

[1]) a. a. O. S. 168.
[2]) Zuletzt von Manigk, Wie stehen wir heute zum Naturrecht? S. 9.
[3]) Es bedurfte der Hertz'schen („Vom Rechte, das mit uns geboren ist", Zeitschr. f. Rechtsphilosophie, Bd. 1, S. 95) Beweisführung, daß ja der Teufel schon bei den Worten über die Rechtswissenschaft des trockenen Tones satt gewesen sei und wieder recht hätte Teufel spielen müssen, gar nicht. Der Teufel, der uns als geistsprühender Kritiker entgegentritt, äußert Goethes Ansicht.

Man pflegt die Anschauung vom Recht, die das Recht als wirkliches dem Lebenszeitabschnitt anzupassen sucht, als dynamische zu bezeichnen [1]).

Der Gegensatz von Statik und Dynamik nimmt in der neueren Wissenschaft einen breiten Raum ein.

Auf das Gebiet der Rechtswissenschaft übertragen ist das statische Recht das Recht in der Ruhelage; das Wesen der Statik liegt im Körperhaft-Begrifflichen [2]). Eine gewisse Starrheit ist ihr eigen.

Dynamisches Recht ist das funktionelle, die Richtung angebende Bewegungsrecht: Statisch ist das Sachenrecht, weil es von Körpern handelt, dynamisch das Obligationenrecht, weil es die persönliche Bindung regelt. Aus der Statik fließt der Begriff, die Definition. Die Dynamik charakterisieren teleologische Auslegungsmittel.

Die Tatsache, daß das Recht der wirtschaftlichen Entwicklung nachhinkt, wird oft beklagt; das Recht hemme also die Entwicklung und wirke als Fessel. Jahre später erfasse das Recht erst die neuen Formen zum Teil dann, wenn sie schon veraltet seien [3]). Glungler nennt diese Tatsache „Phasenverschiebung" [4]). Darin zeigt sich die Statik, die Starrheit des Rechts, die dann mit Recht als Formalismus bezeichnet wird. Aber das Recht ist nun einmal formal; es ist seiner Natur nach dazu da, nachzuhinken und nur das rechtlich zu regeln, was aus der wirtschaftlichen Entwicklung als schutzwürdig hervorgeht. Es hieße die Dynamik auf die Spitze treiben, wollte man mit Müller-Erzbach Normen schaffen für Interessenlagen, die man im voraus vernunftmäßig errechnet hat.

Jede Ordnung, nach der Millionen leben, trägt etwas Starres in sich [5]). Aber das Maß des Mitschreitens muß verändert werden. Die Synthese zwischen Statik und Dynamik ist das erwünschte Ziel.

Wenn Glungler [6]) betont, daß die dynamische Rechtstheorie das Gewicht auf das werdende Recht, die statische das Gewicht auf das gewordene lege, so liegt das Ziel der modernen Rechtswissenschaft in der Synthese, die im Herder'schen Sinne in der Beachtung der Erfahrung und in der Vergleichung der Erfahrung an den Forderungen der Wirklichkeit zu finden ist.

Daß das Recht mit gutem Grund zunächst formal ist, darf im Übereifer der Schaffungsfreude dynamischen Rechts nicht übersehen werden. Dem Recht muß eine retardierende Fessel anhaften. Das Gute, das in diesem gesunden Konservativismus liegt, muß erhalten bleiben. Es ist oft besser, sich einer autoritativen Interessenentscheidung als einer vagen Ideenkonstruktion zu unterwerfen.

1) Glungler, a. a. O. S. 25.
2) Glungler, a. a. O. S. 31.
3) Fehr: Statisches und dynamisches Recht; Aufsatz in den Südd. Monatsheften, Januar 1924. S. 267.
4) a. a. O. S. 20.
5) Fehr, a. a. O. S. 268.
6) a. a. O. S. 49.

Die Erkenntnis des Werdenden, jene Forderung der soziologischen Jurisprudenz, muß geschult werden, damit eine allzu hemmende Starrheit einem festen, aber doch einer Beweglichkeit zugänglichen Rechte weicht.

Daß diese Forderung auch im Sinne der herrschenden Rechtsanwendungslehre erfüllbar ist, soll nachgewiesen werden. Wieweit die Praxis in ihrer Rechtsprechung dem erstrebten Ziele der Rechtssicherheit verbunden mit gerechter Entscheidung schon gedient hat, wird dabei gewürdigt werden müssen, und es wird sich zeigen, daß die geübte Art der Rechtsanwendung geeignet ist, die der Einführung einer neuen Kodifikation stets folgende Krisengefahr wirkungsvoll zu bestehn.

Von dem Gedanken, daß das Recht notwendig formal ist, weil es ja als allgemeinverbindlich gelten muß, ist dabei auszugehen. Das Anerkanntsein der Rechtsnorm ist durch die Rechtsordnung vorausgesetzt. Nicht nötig ist, daß der einzelne sie kennt, ebenso wenig wie das Erfordernis, daß der einzelne die Entscheidung voraussehen kann. Die Aufgabe einer Rechtsordnung ist nicht, die Kenntnis der Rechtsnorm zu vermitteln, sondern festzustellen, was in einer Gemeinschaft als Recht gilt.

Dieser Aufgabe kann sich eine Rechtsordnung dadurch unterziehen, daß sie für jeden denkbaren Fall eine Lösung anzuführen sucht, damit man umso schneller, d. h. ohne schwierige Denkarbeit, zu einem der Rechtsordnung entsprechenden Urteil kommt. Das Gesetzbuch, das seine Rechtsnormen in die Form von Fallentscheidungen kleidet, also kasuistisch anordnet (wie etwa das preußische A.L.R.), stellt die tiefste Stufe einer Kodifikation dar, weil der Gesetzgeber in Überheblichkeit glaubt, alle erdenkbaren Fälle autoritativ entschieden zu haben, ohne dabei zu bemerken, daß er mit einem Zustandsrecht das sich entwickelnde Leben meistern will. Verbot der Auslegung mit Hilfe der Begriffsbildung kennzeichnen die Methode dieses Gesetzgebers.

Eine nicht wesentlich höhere Stufe einer Kodifikation ist diejenige, die ihre Rechtssätze in Begriffe faßt, die also zugibt, daß man kasuistisch die Fälle des täglichen Lebens nicht erfassen kann. Der Begriff, mit dem man der Wirklichkeit nahezukommen sucht, charakterisiert diese Art der Gesetzgebung. Doch sind ihre Anhänger noch so überzeugt von der Güte ihrer Gesetze, daß sie ihr Rechtssystem als logisch geschlossen ansehen. Auslegung und Analogie sind die Mittel, jeden Rechtssatz aus dem vorhandenen Recht abzuleiten. Diese Auffassung von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung kann die Tatsache der Lücken im Recht nicht zugeben. Die logische Geschlossenheit der

Rechts vertritt Bergbohm [1]); auch Brinz [2]) gelangt bei Gelegenheit einer Besprechung der des öfteren erwähnten Schrift von Adickes zu dem Ergebnis, daß „für den Fall . . . noch keine actio bestände und nach der neuen Auffassung eine Lücke im Recht erblickt werde, lediglich eine Lücke auf Seiten des Rechtsuchenden bestehe". Die Rechtsordnung sei logisch geschlossen.

Ähnlich wie die Positivisten, die ihre Ansichten letztlich aus Savignys Auffassung entwickelt zu haben glauben, das Gewohnheitsrecht als ein dem Gesetzesrecht unterlegenes Recht mißverstanden haben [3]), überspannen sie mit der Auffassung von der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung die Ansicht Savignys, nach der die Analogie unter der Voraussetzung einer „inneren Konsequenz" des Rechts mit Recht angewendet werde. Savigny sagt, daß dann, wenn eine Rechtsquelle zur Entscheidung einer Rechtsfrage nicht ausreiche, diese Lücke auszufüllen sei [4]). Das positive Recht werde aus sich selbst heraus ergänzt, weil in ihm eine o r g a n i s c h bildende Kraft angenommen werden müsse.

In der Entwicklung und richtigen Erklärung dieser Auffassung Savignys, d. h. in der Ergänzung der Gesetzeslücken im S i n n e der Rechtsordnung, liegt auch der Weg zu einer wirklichkeitswahren Rechtsanwendung, wie ihn die herrschende Lehre schon beschritten hat.

Es gibt noch eine erstrebenswerteste Form für ein Volk, seine Rechtsordnung zu gestalten, die Rechtssicherheit und gerechte Rechtsanwendung am besten vereinigt. Diese Form ist vor allem den Staaten eigen, die die Achtung vor dem Vergangenen mit einem sicheren Blick für die Gegenwart verbinden; ein Ziel, das in der Synthese — wie sie Herder'sche Ideen nahelegen — gipfelt. — Das klassische Rom hatte zu seiner Blütezeit wenige Kodifikationen, und dennoch waren seine Richter befähigt, im gegebenen Falle das gerechte Urteil zu fällen.

Wenn das Reichsgericht den Grundsatz von Treu und Glauben des § 242 BGB., der auch gelten würde, wenn er nicht im Gesetz normiert worden wäre, als etwas jeder einzelnen abstrakten Rechtsnorm — und nicht nur denen des zweiten Buches — Übergeordnetes, als einen Rechtsgrundsatz von fundamentalster Bedeutung ansieht, so haben wir darin schon eine Anbahnung in eine Rechtsprechung, die die Gesetzesnorm nur dann anwendet, wenn die Prüfung der Norm die Übereinstimmung mit der Volksüberzeugung ergeben hat.

Ehe ein Gesetzgeber an die Kodifikation dachte, war das Urteil da. Das Urteil ist die wesentliche Erscheinungsform des Rechts [5]).

---

[1]) a. a. O. S. 372.

[2]) Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 15, S. 164.

[3]) Vgl. auch Oertmann, Volksrecht und Gesetzesrecht, Dresden 1898, S. 16/17.

[4]) System, Bd. 1, § 46.

[5]) Diesen Ursprung aus dem Urteil kann die Kodifikation auch nicht verleugnen: Justinians Gesetzgebungswerk wie auch das preußische Allgemeine Landrecht waren kasuistisch aufgebaut.

Das Recht, wie es als positiv in die Erscheinung tritt, entsteht im Kampf. Das Wort des Kämpfers Jhering[1]): „Im Kampf sollst du dein Recht finden!" hat seine uneingeschränkte Gültigkeit. Der Rechtsstreit allein erzeugt das Recht als Positivität, die ein Anerkanntsein voraussetzt: zunächst als Urteil inter partes, bis es dann als inter omnes wirkend gilt.

Deshalb ist auch das Spruchrecht die Vorstufe für das positive Recht überhaupt. Die Rechtsprechung als die Trägerin des Rechtsstreits, der Schauplatz des Kampfes ums Recht, muß dazu berufen sein, zunächst die Gesetzeslücken zu ergänzen, neues Recht zu finden, dann aber auch das Recht — und sei es contra legem — fortzubilden.

Diese Auffassung ist nicht etwa freirechtlerisch; sie entspringt der herrschenden Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre.

Das Gesetz drückt sich in Begriffen aus; denn in dem Erfassen des juristisch Wesentlichen[2]) liegt die Möglichkeit, mehrere Tatbestände — deren Unwesentliches getrost verschieden sein kann, wenn nur das Wesentliche in allen enthalten ist — nach e i n e m Rechtssatze zu beurteilen. Nur so kann eine abstrakte Rechtsnorm für Fälle des Lebens anwendbar gemacht werden. — Manches wird in einem Rechtssatz bewußt fortgelassen[3]), wenn es durch Worte und Lage ergänzt wird. Was in einem Rechtssatz wirklich enthalten ist — auch das Wesentliche kann fortgelassen sein, wenn es z. B. aus der Stellung des Satzes im System sich ergänzt — herauszuholen, ist Aufgabe der Auslegung. Der begriffliche Rechtssatz, der in seiner Kürze auf eine genau gezeichnete Inhaltsangabe verzichten muß, wird erst durch die Auslegung als Obersatz für eine Entscheidung zahlreicher Fälle verwendbar.

Was nun wesentlich ist, was unwesentlich ist, muß aus dem Begriff durch die Auslegung, die Savigny eine „Kunst" nennt, erfaßt werden. Das, was mit Hilfe der Auslegung erkannt werden kann, ist schon im Rechtssatz enthalten. Die Auslegung läßt uns das Gesetz in seiner Wahrheit erkennen[4]); das durch die Auslegung Erforschte ist dem Gesetz immanent; deshalb ist diese Tätigkeit keine Rechtsschöpfung, vielmehr das Auffinden eines Inhalts. Ist sie aber das, so ist die Haltung der Freirechtler, ihre Forderung der Befreiung des Richters vom Gesetz zu leugnen, aber gleichzeitig die Auslegung der Gesetze zu bekämpfen, zwiespältig. Wer die Auslegung bekämpft, verneint das Gesetz in seinem Sinn, e i n e generelle Norm zur Entscheidung zahlreicher, nur im Unwesentlichen verschiedener Rechtsfälle zu sein.

Wenn die Auslegung nach Immanenten sucht, so geht die Analogie doch über dieses Ziel hinaus; sie sucht nicht etwas Bestehendes aufzufinden, sie bringt ihr Ergebnis erst neu hervor. Das Ausgelegte ist analytisch gefunden; die Analogie ergibt etwas Synthetisches.

---

[1]) Der Kampf ums Recht.
[2]) Manigk, Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O. S. 479.
[3]) Manigk, Art. Auslegung, a. a. O. S. 429.
[4]) Savigny, System, Bd. 1, § 46.

Savigny, der allein über diese Fragen Grundlegendes gebracht hat[1]), sagt, daß jede Anwendung der Analogie auf der Voraussetzung der inneren Konsequenz des Rechts beruhe. Innere Konsequenz und logische Geschlossenheit des Rechts ist aber etwas im Grunde Verschiedenes. Mit einer inneren Konsequenz bejaht man, daß für jeden Fall, der einem Gericht zur Entscheidung unterbreitet wird, die Rechtsordnung nach der bestehenden Anschauung von der Idee des Rechts ein gerechtes Urteil gewährleistet; der Rechtssatz, der für die Entscheidung eines im Gesetz noch nicht entschiedenen Falles benutzt werden soll, ist aus dem vorhandenen Gesetz nicht logisch, sondern im S i n n e der schon bestehenden Rechtssätze zu schöpfen.

In diesem Geiste war § 1 des Entwurfs I zum BGB. gefaßt.

„Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für rechtsähnliche Fälle gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung."

Hier wird die Gesetzesanalogie gesetzlich zugelassen. In Ermangelung von Vorschriften selbst rechtsähnlicher Verhältnisse sollten die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend sein. Solche Gedanken weisen auf Savigny selbst hin.

§ 1 des Entwurfs I wurde gestrichen, z. T. mit der Begründung, daß zur Handhabung der Analogie eine besondere gesetzliche Ermächtigung nicht notwendig sei, zumal Analogie und Auslegung in engstem Zusammenhang miteinander ständen, über die Auslegung aber gleichfalls eine Bestimmung in das BGB. nicht aufgenommen sei[2]).

Diese Begründung dürfte nicht stichhaltig sein: Auslegung geht auf die Entwicklung eines dem Begriff immanenten Inhalts, ist also wie der Begriff selbst regelungsfähig. Analogie dagegen geht auf die Rechtsschöpfung eines im Gesetz nicht enthaltenen Satzes hinaus. Rechtsschöpfung geht im „Kampf ums Recht", im Rechtsstreit, vor sich. Eine Frage, über die noch nicht gestritten worden ist, schafft keinen Rechtssatz, sondern hinterläßt eine Lücke. Es gibt Lücken im Recht, die auf einem Fehlen einer gewohnheits- oder gesetzesrechtlichen Rechtsnorm beruhen. Aber Lücken im Recht, soweit man glaubt, daß einem Tatbestand aus der Idee einer Rechtsordnung seine rechtliche Würdigung nicht werden könne, bestehen nicht. Der Richter darf sich nicht weigern, Recht zu sprechen, weil eine Entscheidungsnorm für diesen Fall im Gesetz nicht enthalten sei.

Die Positivisten Brinz, Bergbohm lehnten den Gedanken der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung ab; das werde durch die logische Expansionsfähigkeit der bestehenden Rechtsnormen ausgeschlossen. Analogie sei — ähnlich wie die Auslegung — dazu da, etwas Immanentes zu entwickeln.

---

[1]) Es genüge deshalb, die Lehre an Savigny'schen Gedanken zu erläutern.

[2]) Protokolle, Bd. 1, S. 2.

Auch Zitelmann[1]) kann sich von dem Gedanken, daß die Analogie etwas der Rechtsordnung Innewohnendes entwickele, nicht frei machen, so sehr es zunächst (S. 24) danach klingt. Daß der Richter Recht schaffe, so wie man es öfters sagen höre (auf Adickes bezogen!), sei unrichtig. Der Richter gebe bei jeder Analogieziehung seine Entscheidung mit dem Anspruch, daß sie vorhandenem Recht entspreche; denn der Richter sei ja durch seinen Eid gebunden, dem vorhandenen Rechte gemäß zu entscheiden. An dieser Vorstellung müsse festgehalten werden. Zitelmann ist damit Positivist, er vertritt die logische Geschlossenheit des Rechts[2]).

Diese Auffassung, nach der der Richter vermittels der Analogie den Rechtssatz findet, der nicht weniger positiv als die Gesetzesnorm schon im Gesetz enthalten ist, stellt eine willkürliche Konstruktion dar, die dem wirklichen Vorgang der logischen Geschlossenheit der Rechtsordnung zuliebe Gewalt antut.

Mit der Ablehnung des Geschlossenheitsdogmas muß man die Auffassung von der Analogie als einer Gesetzes„auslegung" ablehnen. Reichel[3]) sagt zutreffend, daß der Richter durch Analogieziehung lückenausfüllende, rechtsschöpferische Tätigkeit ausführt.

Da die Analogie nach dem „Geist"[4]) der anderen Vorschriften, nach der inneren Konsequenz des Rechts (Savigny) und nach seiner Organik zu forschen hat, ist sie kein logisches und infolgedessen erlernbares Rechenmittel, sondern sie ist nur dazu da, die Entscheidungsnorm, die der Richter geschöpft hat aus seiner Erkenntnis von dem, was in seinem Volke für Recht gehalten wird, zu überprüfen. Die Analogie ist nicht Mittel zur Normenschaffung, sondern Wertmaßstab für geschaffenes Recht. Bartolus bedurfte der Analogie höchstens, um eine juristische Begründung zu geben. Seine gerechte Entscheidung hatte er aus dem gefunden, was er in Übereinstimmung mit dem Rechtsfühlen seines Volkes für Recht hielt.

Auf die gleiche Auffassung von der Analogie bei Adickes[5]) ist hinzuweisen, der in richtiger Fortbildung der Savigny'schen „inneren Konsequenz" des Rechts sagt, daß der wahre Grund — und zugleich auch die Schranke — für die Anwendung der Analogie die das ganze Gebiet der Rechtspflege beherrschende „Gerechtigkeit" selbst sei, nicht aber die unbeugsame, vom Leben abstrahierende Logik. Eine Analogie, die eine ungerechte Entscheidung erbringt, ist abzulehnen. Der so geschöpfte Rechtssatz ist dann, wenn er ein ungerechtes Ergebnis liefert, falsch. Er widerspricht der inneren Konsequenz des Rechts.

---

[1]) Lücken im Recht, Leipzig 1903.
[2]) Vgl. auch a. a. O. Anm. 14 zu 1.
[3]) a. a. O. S. 103.
[4]) § 1 Entw. I. BGB.
[5]) a. a. O. S. 68 f.

Ähnlich wie mit der Analogie verhält es sich mit der Technik der juristischen Konstruktion. Wird das durch Konstruieren sich ergebende Resultat unbesehen für richtig gehalten, ohne es an der Forderung des gerechten Urteils zu vergleichen, so ist das Urteil formalistisch, weltfremd. Analogie und Konstruktion dürfen niemals Selbstzweck sein; sie dürfen nicht allein das richtige Ergebnis liefern s o l l e n.

Zum Führer zur guten Entscheidung sind sie nicht berufen, wohl aber zum Diener bei der Urteilsfindung. — Mit Recht sagt Manigk[1]), daß nur eine objektiv verankerte Methode wie die Analogie und Konstruktion verwertbar ist, weil sie erfaßt und erlernt werden kann.

Das Gefühl für Gerechtigkeit ist nicht erlernbar, es muß „aus eigener Seele quillen". Aber die Entfaltung dieser Seelenkräfte, die oft — vor allem bei einem Tiefstande der Gesetzgebung — die einzige Gewähr für die gerechte Entscheidung bietet, kann beschleunigt werden. Solange die inneren Fähigkeiten noch in der Entwicklung sind, hat eine äußere Methode die gerechte Entscheidung zu überprüfen. Sie ist ein Lehrmittel, um dem jungen Juristen zu zeigen, in welcher Richtung er später einmal seine Persönlichkeit einzusetzen hat[2]):

> „Methodisch müssen wir auch hier immer Rechtsregeln zu gewinnen suchen, mag auch die treffsichere Entscheidung des erfahrenen Richters zunächst der Intuition entsprungen sein. In den Entscheidungsgründen muß er, was er tat, doch objektiv rechtfertigen und zwar zunächst durch Ableitung aus dem Gesetze."

Der Beweis, daß lückenausfüllende Tätigkeit Rechtschöpfung ist, glaubt damit erbracht zu sein. Analogie ist damit nur ein Damm, der das Recht vor Einflüssen rationaler Elemente des richterlichen Werturteils schützt.

Ein klassisches Beispiel für die Schaffung eines neuen Rechtssatzes mit Hilfe der Analogie ist die Einführung der allgemeinen Unterlassungsklage, die sich als Ergebnis einer Reihe zum Teil schwankender Entscheidungen durchgesetzt hat[3]).

Beachtlich ist dabei für die Methodik der Entscheidung, daß zunächst einmal der Klage auf Unterlassung stattgegeben wird da, wo ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht war, aber weitere Eingriffe zu befürchten sind[4]). Der Gedanke, analog vorgehen zu müssen, wird nur nebenbei erwähnt, wenn gesagt wird, daß das Gesetzbuch, indem es einen Anspruch auf Unterlassung für einzelne Fälle besonders normierte (§§ 12, 862, 1004), die Zulassung eines solchen Anspruchs „nicht für alle anderen Fälle habe ausschließen wollen". Der Gedanke,

---

[1]) Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O. S. 491.
[2]) Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O.
[3]) Alfred Pommer: Schwankungen reichsgerichtlicher Rechtsprechung . . ., a. a. O. S. 29 ff.
[4]) RG. Bd. 48, S. 118/119.

daß hier Recht geschaffen werden muß, setzt sich also durch, ohne daß die Frage, ob sich das Recht auch analog begründen lasse, wesentlich geprüft wird. Erst in der Entscheidung Band 60, S. 6, spricht das RG. aus, daß die Zulassung der in § 824 nicht normierten Unterlassungsklage als einer actio quasi negatoria ihre „gesetzliche Grundlage" in der analogen Anwendung der §§ 12, 862, 1004 fände. „Gesetzliche Grundlage" kann aber hier nur bedeuten, daß die Schutzwürdigkeit eines solchen Unterlassungsanspruchs im Gesetz nicht einzig dastehe, vielmehr schon andere Beispiele habe.

Das markanteste Beispiel einer Recht schaffenden, lückenausfüllenden Rechtsprechung ist wohl die Ausbildung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß [1]). Eine solche Haftung ist im BGB. nicht anerkannt. Aus § 276 BGB. ist eine Haftung nicht ersichtlich, weil ja beim Vertragsschluß nicht ein vertraglich schon Verpflichteter, sondern ein rechtlich Außenstehender kontrahiert. Zunächst mußte sich diese Haftung dann durchsetzen, wenn späterhin ein Vertrag zustande gekommen war; denn dann war ja der Dritte später zum Schuldner geworden. Das Reichsgericht spricht von einem „integrierenden Bestandteil" des Kommissionsgeschäfts, der Pflicht, den Kontrahenten aufzuklären und ihm nicht etwa fahrlässig schlechten Rat zu erteilen.

In der Entscheidung Jur. Woch. 1912/743 wird erst dargelegt, daß eine Rechtspflicht zur Kundgabe fraglicher Tatbestände schon bei den Verhandlungen über den Vertrag, der dann auch zustande kommt, existiere. Die Vorverhandlung ist also schon Teil des Vertrages. An sich fiele ja das schuldhafte Verhalten erst dann unter § 276, wenn es dem Abschluß des Vertrages nachfolgte, aber „der erkennende Senat habe keine Bedenken getragen", dieselbe Rechtswirkung (positives Erfüllungsinteresse) auch dem Verhalten beizumessen, das die Klägerin bei den Verhandlungen über den Vertrag betätigt hat.

In dem „keine Bedenken tragen" liegt der Wille zu einer Rechtsschöpfung, die keinerlei Ableitungsgrundsätze für erforderlich hält: man könnte, wenn man das Gesetz (§ 276) betrachtet, für eine analoge Behandlung eintreten. Aber könnte man nicht auch sagen, daß nach dem Sinn des § 276 ausschließlich nur Verschulden bei der Erfüllung des geschlossenen Vertrags zur Haftung verpflichten soll? Dann würde ja eine Zulassung der Haftung für culpa in contrahendo gegen die Gesetzesbestimmung verstoßen, und von einer Analogie wäre nicht die Rede.

Aber auch die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß selbst da, wo es nicht zum Abschluß eines Vertrages gekommen ist, mußte

[1]) Vgl. Pommer, a. a. O. S. 1 ff.

sich durchsetzen als Ausfüllung einer Gesetzeslücke durch Schaffung von neuen Rechtssätzen durch Spruchrecht, wenn auch nicht contra legem, so doch ohne die Mittel analoger Rechtsschöpfung. Die Entscheidungen RG. Bd. 104, S. 267 und 114, S. 159, beweisen das. Das Reichsgericht sagt in der letzten Entscheidung: Bedeutsame Tatsachen kundzugeben, ist der Vertragsgegner nach den Anforderungen von „Treu und Glauben" im redlichen Verkehr verpflichtet. Diese Verpflichtung erwachse aus einem durch die Vertragsverhandlung als solche begründeten Rechtsverhältnis; d. h. der Hauptvertrag kam nicht zur Perfektion. Daß hier eine Rechtsschöpfung sich anbahnt, die aus dem Gesetz — soweit analoge Begründung verlangt wird — wohl nicht mehr ableitbar ist, ist nicht bestreitbar.

Der Grundsatz von Treu und Glauben, der ja auch bestände, wenn er nicht im Gesetz normiert wäre, ist überpositiv. Eine Analogie, die mit diesem Grundsatz gerechtfertigt wird, ist nicht mehr Rechtsfindung, die ihren Satz aus der inneren Konsequenz der Rechtsordnung, sondern Rechtsschöpfung, die den Rechtssatz im Sinne der überpositiven Orientierung hervorbringt.

Die Fortbildung des Rechts besteht aber nicht bloß in der Lückenergänzung durch Schaffung neuer Rechtssätze praeter legem, sondern auch contra legem.

Die Gerechtigkeit der Positivität, die darin besteht, daß der Richter nach dem geltenden Recht, selbst wenn es unrichtig geworden ist, entscheiden muß, weil es das größere Übel wäre, denjenigen, der sich auf eine bestehende Rechtsnorm verläßt, zu enttäuschen, ist ein unhaltbarer Grundsatz. Diese Gerechtigkeit der Positivität enthält ein gut Teil des zu vermeidenden Formalismus; denn damit wird die Gerechtigkeit in 100 Fällen dem Formalismus geopfert. Kehrt sich der Richter dagegen nur wenige Male von dem alten unrichtigen Rechtssatz ab, so genügen diese wenigen Male, um eine neue wirklichkeitswahre Positivität an die Stelle zu setzen. So sagt Manigk [1]) zutreffend, daß „da, wo die positive Rechtsordnung unrichtiges Recht setzte oder wo das gesetzte Recht unrichtig wurde, sich zur Überwindung dieses empfindlichsten Rechtsformalismus die Kraft des Naturrechts bemerkbar gemacht habe in dem Sinne, daß sich bei formalem Widerstand seitens des positiven Rechts das materielle Rechtsempfinden siegreich Bahn brach entweder in der stillen Amtsstube des Richters, der solches Recht contra legem schöpfte und zur res judicata zunächst für den konkreten Fall werden ließ, oder im Aufruhr des Volkes, in der Revolution".

[1]) Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O. S. 480.

Die Revolution ist aufzufassen als ein Bruch des formalen Rechts (Gesetzes) zugunsten eines in Wirklichkeit bestehenden Rechtszustandes. Auch die contra legem-Entscheidung des Richters ist in gleicher Weise Rechtsbruch des formalen, unrichtigen Gesetzes.

Einer Revolution, die aus dem Mißverhältnis des Zustandes der Rechtsordnung mit dem Rechtsempfinden des Volkes entspringt, pflegt eine Zeit der Reaktion vorauszugehen, die keinen Sinn für die fortschreitende Entwicklung der Lebenswirklichkeit hat.

Die Folge ist, daß die Idee des Naturrechts mit der Kraft einer Religion alle Schranken zerbricht und häufig einen Rechtszustand schafft, der über die Mittellinie (Synthese) hinausgehend eine Weltanschauung als Rechtsordnung zu proklamieren geneigt ist und ungehemmt dem entgegengesetzten Extrem huldigt und der — wie in Sowjet-Rußland — ebenso wie früher zum Staatsegoismus führt.

Diesem Revolutionismus, der in seinem Verlaufe einen einzigen großen Rechtsbruch darstellt, steht der Evolutionismus gegenüber. Beim Evolutionismus[1]) wird jeweils der Zustand der Lebenswirklichkeit betrachtet und ihr die Rechtsordnung angepaßt. Bei dem nun einmal formalen Charakter des Rechts, das besonders in der Gestalt von Gesetzen eine Zustandsregelung darstellt, geht die Entwicklung nie kontinuierlich in gerader Linie, sondern stufenförmig, aber doch in gleicher Richtung der Lebenswirklichkeit folgend. Die Rechtsentwicklung durch „Evolution" ist eben — ein Ausfluß des Formalismus — nicht anders als durch zahlreiche Rechtsbrüche des formalen Rechts im Kleinen möglich.

Zur Fortbildung des Rechts gehört nicht bloß die Lückenergänzung durch Schaffung neuer Rechtssätze, sondern auch die Außerkraftsetzung des unrichtig gewordenen Gesetzes, das nur noch als Hemmung wirkt. Mag man von desuetudo oder von Bruch des formalen Rechts reden, Tatsache ist, wie Manigk mit Recht ausführte, daß das gesunde Rechtsempfinden in dem Volksorgan des Richters sich gegen totes Gesetz wehrt und es abzustoßen sucht.

Deshalb ist der Satz aufzustellen, der auf dem Boden der herrschenden Anschauung von der Rechtsanwendung wohl erwachsen kann:
Der Richter d a r f, ohne dafür zur Verantwortung gezogen zu werden, gegen das Gesetz entscheiden, wenn sein Rechtsgewissen als Rechts e r k e n n t n i s quelle ihm sagt, daß der anzuwendende Rechtssatz unrichtig ist, d. h. mit der fortgeschrittenen Entwicklung nicht mehr vereinbar ist und dem Volkswillen nicht mehr entspricht.

[1]) Vgl. dazu Manigk: Savigny und der Modernismus, S. 28.

Daß diese Forderung von derjenigen der Freirechtler grundverschieden ist, bedarf keines Beweises: der methodologische Unterschied der beiden Auffassungen liegt in der Forderung der Freirechtler, den Richter auf Grund seines Amtseides zu verpflichten, in gewissen Fällen contra legem zu entscheiden.

Eine solche Verpflichtung, die nur im Gesetz normiert werden könnte, würde die Rechtsordnung und die Rechtsprechung der Willkür des Richters ausliefern: die Rechtssicherheit wäre gefährdet und auch die gerechte Entscheidung wäre infolge einseitig subjektiver Beurteilungsweise in Frage gestellt.

Nach der hier vertretenen Auffassung darf (nicht „muß") der Richter gegen das Gesetz entscheiden. Auch die Entscheidungsnorm eines gegen das Gesetz gefällten Urteils würde zunächst als res iudicata inter partes wirken und werdendes Recht darstellen.

Der Gedanke, beim contra legem-Entscheid Gesetzesrecht zu brechen, ist als retardierendes Moment bei der Rechtspflege dasjenige, das dem Recht seine Stetigkeit, die Rechtssicherheit gewährt, ohne aber die Bildung dynamischen, wirklichkeitswahren Rechts auszuschließen.

Nicht jeder Richter ist zuweilen von der Unrichtigkeit der angewendeten Rechtsnorm überzeugt. Das Gesetz hat allein schon durch sein Vorhandensein eine Vermutung für seine Richtigkeit; wenn der Richter es also anwendet, weil ihm ein inneres Gefühl für die Richtigkeit seiner Entscheidung abgeht, so spricht doch wenigstens die Tatsache, daß nach dem Gesetz entschieden ist, eine Vermutung für die Richtigkeit aus. Nur in diesem Sinne kann es eine „Gerechtigkeit der Positivität" geben. Die Vermutung für die Richtigkeit ist aber keine unwiderlegliche. Die Richterpersönlichkeit wird, wenn es ihr das Rechtsempfinden gebietet, selbst in Gedanken an einen unvermeidbaren Bruch des formalen Gesetzes gegen das Gesetz entscheiden, um das Recht durch Anbahnung eines neuen Rechtssatzes durch Spruchrecht fortzubilden. Sollte das vermeintlich richtige Urteil dem Rechtsfühlen des Volkes widersprechen, so ist hier der Instanzenzug das geeignete Heilmittel.

Daß Reichel und Stampe im Grunde auch auf dem hier vertretenen Standpunkt stehen, dürfte sich ergeben haben. Diese Autoren trieb nur die Sorge um die richtige Fortbildung des Rechts in jenes Lager. Aber ihr Ziel, die Fortbildung des Rechts in der Richtung eines wirklichkeitswahren Rechts, ist auch auf dem Boden der herrschenden Lehre erreichbar.

Hier wird mit Sicherheit entgegengehalten werden: Wie verhält sich diese Auffassung aber mit dem Grundsatz der Gesetzesunterworfenheit des Richters, den doch § 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes und Artikel 102 der Weimarer Reichsverfassung aufstellen?

§ 1 GVG. sagt: Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt.

Art. 102 hat mit seiner Bestimmung: „Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen" den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit unter den Schutz der Verfassung gestellt [1]).

Die Geschichte dieses Verfassungsartikels ist eigenartig. — Nach Anschütz [2]) enthält Art. 102 wie § 1 GVG. vor allem auch den Grundsatz der Verpflichtung der Richter zur Gesetzestreue. Nur die gesetzgeberischen Beschlüsse des Reichstags und der Landtage seien bindend für die Rechtspflege, denn sie sei ja jetzt wie ehemals „dem Gesetz unterworfen". Der Richter habe das Gesetz einfach anzuwenden, gleichviel, ob es ihm gefällt oder nicht. Zwar dürfe und müsse der Richter prüfen, ob das Gesetz wirklich Gesetz ist, d. h. dem Willen der Legislative entspricht, ob es — wie es verkündet ist — noch gilt und nicht etwa durch ein späteres Gesetz aufgehoben ist, ob das anzuwendende Gesetz nicht etwa einer Norm hohen Ranges widerspricht; aber es könne keinesfalls zugegeben werden, daß der Richter befugt sei, das Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen oder daß er gar den verfassungsmäßig zustande gekommenen Gesetzen den Gehorsam verweigern dürfe, weil es nach seiner Meinung gewissen Normen, die über dem Gesetzgeber stehen, widerspricht oder gewissen Werturteilen nicht standhält. Diese Auffassung Anschütz' ist zwar nur gegen die Freirechtsbewegung gerichtet, sie muß aber auch die hier vertretene Ansicht ablehnen.

Hier glaubt gesagt werden zu müssen, daß in der von Anschütz vertretenen Meinung ein positivistisch universalistischer Grundsatz zum Ausdruck kommt, der in der geschichtlichen Entwicklung seine Unbrauchbarkeit erwiesen hat und der deshalb unter Würdigung der geschichtlichen Erfahrung auf ein gesundes Maß zurückgedämmt werden muß.

Der in diesem Grundsatz enthaltene Glaube an die Unterwürfigkeit des Richters unter das Gesetz ist denn auch bei zahlreichen Autoren [3]) der Grund für ein wenig freimütiges Eintreten für eine freiere Stellung des Richters.

Der Grundgedanke, dem allein die Verfassungsbestimmung entsprungen ist, gilt auch noch heute, der Sinn aber, der ihr neuerdings unterstellt wird, ist falsch.

§ 1 GVG. enthält [4]) erstens den Satz, daß die richterliche Gewalt durch Gerichte ausgeübt wird, und zweitens den Grundsatz, daß diese Gerichte unabhängig sind. — Das brachte schon die Verfassung der Paulskirche, die im § 175 normierte, daß die richterliche Gewalt selbständig von den Gerichten geübt werde, zur Geltung. Art. 86 Preuß.

[1]) Gnaeus Flavius, a. a. O. S. 41.

[2]) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 8. 1919, 11. Auflage, Berlin 1929, S. 415.

[3]) Müller-Erzbach, Jherings Jahrb. 53, S. 339. Reichel, a. a. O. S. 151. Pommer, a. a. O. S. 51.

[4]) Vgl. Struckmann-Koch: Zivilprozeßordnung und GVG., zu § 1. S. 475. Berlin 1901.

V.U. von 1850, dem § 1 GVG. nachgebildet ist, erläuterte dieses „selbständig", indem er festlegte: „Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch unabhängige, keiner anderen Autorität als der des Gesetzes unterworfene Gerichte ausgeübt.

Vergegenwärtigt man sich den Geist, aus dem heraus Art. 86 verstanden werden soll, so war damals eine solche Bestimmung — wenn auch nicht von selbst — durchaus verständlich. Der Gedanke des absoluten Staates wurde überwunden. Struckmann-Koch[1]) sagen richtig, daß die Zuweisung der Gerichtsbarkeit an die Gerichte in zwiefacher Hinsicht negative Bedeutung habe: es sollten damit die allerdings geringen in Deutschland vorhandenen Spuren gewöhnlicher direkter Einwirkung des Landesherrn auf den Gang oder die Entscheidung des Prozesses ausgeschlossen werden. Ferner sollte dadurch die grundsätzliche Trennung von Justiz und Verwaltung normiert werden.

In Art. 86 ist dieser Grundsatz in aller Schärfe zur Ausbildung gebracht. Zwar steht dem Rechte nach die richterliche Gewalt dem König zu[2]), aber er darf die richterliche Gewalt nicht selbst ausüben; sie wird vielmehr ausgeübt durch unabhängige Gerichte. Gewissermaßen als Erklärung dieser Unabhängigkeit und als Einschränkung des Gesagten dahin, daß nun nicht etwa der Richter nach freiem Ermessen entscheiden könne, ist hinzugefügt, daß dem Richter das Gesetz als Richtschnur zu dienen habe.

Art. 86 Preuß. V.U. enthält nur einen Grundsatz, den der Unabhängigkeit der Gerichte, der Freiheit der Entscheidung vor Einwirkungen des Landesherrn; und nur nebenbei als Erklärung wurde das der damaligen Zeit (Positivismus) selbstverständliche Gebundensein des Richters an das Gesetz normiert.

In der neuen Reichsverfassung von 1919 enthält der entsprechende Artikel 102 neben dem Grundsatz der Unabhängigkeit der Gerichte, der uns heute selbstverständlich erscheint, auch den der Gesetzesgebundenheit des Richters, eine Weiterbildung, die heute nicht mehr verständlich ist.

Dieser Grundsatz reiht sich damit in jene Art von Bestimmungen ein, mit denen der Gesetzgeber — überheblich von der Güte seiner Gesetze überzeugt — allein das positive Gesetz als verbindliche Rechtsnorm anerkennt. Genau so wenig sich die Bestimmung des § 6 der Einleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht durchsetzen konnte, die ihre Bedeutung aus den Schlußworten des Publikationspatents vom 5. 2. 1794 erhält, wonach sich der Richter bei Vermeidung allerhöchster Ungnade und schwerer Ahndung nicht etwa die geringste eigenmächtige Abweichung vom Gesetz erlauben sollte; genau so wenig wie es dem Gesetzgeber mit Einführung des bekannten § 1 Entwurf I zum BGB. gelungen wäre, die Anwendung und Bildung von Gewohnheitsrecht auszuschließen, genau so wenig wird sich auch die Bestim-

[1]) a. a. O.
[2]) Von Rönne-Zorn: Das Staatsrecht der Preuß. Monarchie. Leipzig 1899, S. 208.

mung des Art. 102 eines Staatsgrundgesetzes durchsetzen: Art. 102 ist in dieser Hinsicht unbrauchbar.

Es genügt, auf die Worte Triepels[1]) hinzuweisen, die die Übereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung zeigen:

„Heilig ist nicht das Gesetz, heilig ist nur das Recht; und das Gesetz steht unter dem Rechte."

Diesen Worten fügt Goldschmidt[2]) hinzu:

„Nur unter dem Recht aber steht der Richter."

Für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des gegen das Gesetz entscheidenden Richters fehlte es hier am Vorsatz; der Richter will ja nicht etwa das Recht zu Gunsten einer Partei beugen, sondern er will ein Gesetz, das er nicht für Recht hält, außer Acht lassen, um einem gerechten Grundsatz zum Leben zu verhelfen. Zutreffend sagt Fehr[3]), das imposanteste (Gewohnheits-) Recht sei das, das dem Gesetz widerspricht; und auch von der hier vertretenen Auffassung aus, daß im Gegensatz zum ungeübten Gesetz nur das geübte Gesetz Recht ist, muß die Unbrauchbarkeit des Art. 102, soweit er die eidliche Gesetzesunterwürfigkeit des Richters erreichen will, festgestellt werden.

Wie neuerdings wieder Spruchrecht zu Gewohnheitsrecht wird, hat Jung des öfteren nachgewiesen; auch seit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs, ja sogar nach Inkrafttreten der Reichsverfassung ist ungeachtet des Art. 102 Gewohnheitsrecht selbst contra legem gebildet worden:

Es sei dabei nur an die Aufwertungsrechtsprechung erinnert, die eine Außerkraftsetzung formalen Gesetzes zu gunsten des wirklichen Rechts zur Folge hatte.

Die Entscheidung RG. Bd. 107, S. 88[4]) spricht davon, daß nach Eintritt des Verfalls der Papiermark ein Widerstreit zwischen den Währungsvorschriften einerseits und denjenigen Gesetzesbestimmungen andererseits eintrat, die verhüten wollen, daß der Schuldner in der Lage sei, seine Verbindlichkeiten in einer Weise zu erledigen, die mit den Anforderungen von Treu und Glauben und mit der Verkehrssitte nicht vereinbar ist, also namentlich mit der das Rechtsleben beherrschenden Vorschrift des § 242 BGB.

Nun ist aber vom BGB. der Grundsatz von Treu und Glauben — das folgt aus der Stellung des § 242 im System — zunächst nur für das Schuldrecht aufgestellt. Der Gedanke, daß nun der Grundsatz das gesamte Rechtsleben regeln soll, ist durchaus verständlich.

Wenn wir früher die Auffassung vertraten, daß der Grundsatz von Treu und Glauben, selbst wenn er nicht im Gesetz stünde, in gleicher

[1]) Triepel, Festgabe für Kahl. S. 93; vgl. auch Kaufmann, a. a. O.
[2]) Aufsatz: Gesetzesdämmerung a. a. O. S. 249.
[3]) a. a. O. S. 163.
[4]) Vgl. auch RG. Bd. 107/124.

Weise gelten müßte, so hat in den erwähnten Inflationsentscheidungen das Prinzip der Gerechtigkeit, das in § 242 zwar normiert, in Wirklichkeit aber über der Kodifikation als etwas Überpositives steht, über das formale Gesetz den Sieg davon getragen. Die Entscheidung gegen den Grundsatz der Währungsgesetze „Mark = Mark" ist ein Beispiel für die Schaffung eines Rechtssatzes contra legem, der durch wenige Entscheidungen vom Richter deshalb eingeführt wurde, weil das Gesetz unrichtig geworden und die Überzeugung dieser Unrichtigkeit dem Volkswillen in der Person der Rechtspflegeorgane zum Bewußtsein gelangt ist. Eine solche Volksüberzeugung ist durch Parlamentsmehrheitsbeschluß oder durch Maßnahmen einer vom Parlament abhängigen Regierung nicht zu beeinflussen. Artikel 102 der Reichsverfassung ist außer Kraft; das Volk hat contra legem entschieden.

Die von Manigk[1]) als methodisch bedenklich bezeichnete Entscheidung des 3. Ziv.-Senats vom 27. Juni 1922 (Jur. Woch. 1922, S. 1514) ist nach der hier vertretenen Auffassung durchaus nicht sehr bedenklich; auch sie ist nur aus der Verschiedenheit der Währungsgesetze mit der allgemeinen überpositiven Norm, wie sie in § 242 enthalten ist, verständlich. Die Rechtsnorm der Währungsgesetze, die früher mit Recht den Grundsatz Mark = Mark aufstellen konnten, wurde in dem durch diese Entscheidung zu prüfenden Vertrage als auch inter partes verbindlich noch einmal besonders anerkannt. Der Grundsatz Mark = Mark war damit Vertragsbestandteil geworden.

Wie die geltende Rechtsnorm inter omnes dem Urteil einer Entscheidung zugrunde gelegt wird, so sind die übereinstimmenden Parteiwillenserklärungen ein Spezialrecht, das die Rechtsordnung durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit zugesteht und das als inter partes geltendes Recht der speziellen Entscheidung ebenfalls dienen muß.

Manigk (a. a. O.) ist beizupflichten, wenn er die Auslegung der Parteiwillenserklärungen für revisibel hält. Zuzustimmen ist diesem Autor ferner in der vertretenen Ansicht, daß das Reichsgericht seine zahlreichen Auslegungsentscheidungen nicht etwa in freirechtlichen Anwandlungen, das hieße im Gegensatz zu den die Revision auf die Verletzung des G e s e t z e s abstellenden Vorschriften der §§ 549 ff. Z.P.O., getroffen hat. Die Tatsache der Entscheidungen über die Auslegung von Willenserklärung durch die Revision ist vielmehr durch Auslegung des § 549 Z.P.O. gerechtfertigt: Die Willenserklärungen sind ein Recht, das inter partes wirkt; und ihre Auslegung ist wie die Auslegung des inter omnes wirkenden geltenden Gesetzes Rechtsfrage.

Wenn in dem besprochenen Falle die Parteiwillenserklärungen des Vertrages in dem genannten Grundsatz der Währungsgesetzgebung ihre Wurzel haben, dann ist mit der Entwertung der Papiermark nicht nur die Währungsgesetzgebung, sondern auch der auf ihr aufbauende und sie in sich aufnehmende Vertrag unrichtig geworden; insofern ist

[1]) Manigk, Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, a. a. O. besond. S. 97.

eine Entscheidung des Richters contra legem (d. h. hier gegen die Bestimmung des unrichtig gewordenen Vertrages) wohl zu begrüßen. Die Entscheidung ist auch methodisch nicht bedenklich deshalb, weil § 1 GVG., soweit er die Gesetzesunterwürfigkeit des Richters feststellt, wirkungslos ist; soweit er aber die Unterworfenheit des Richters unter das „Recht" (d. i. das richtige, geltende Gesetz) normiert, ist er in diesem Falle nicht verletzt.

Die „Entfaltung des Inhalts"[1]) des § 826 BGB. beweist ferner eine Wandlung der Grundanschauung im Sinne einer Änderung des Gesetzesinhalts.

Nach den Protokollen[2]) entschied sich die Kommission im § 705 des Entwurfs I (unserm § 826 entsprechend) doch wohl dazu, diesen Fall nicht auch auf den Tatbestand zu erstrecken, daß die Handlung in Ausübung eines subjektiven Rechts betätigt wurde. Soweit das Gesetz dem einzelnen aber ein besonderes Recht gewähre, habe er auch eine besondere Verfügungsmacht; wenn er deshalb sein Recht ausübe, könne er kein Unrecht tun. Das Gesetz dürfe nicht die Gebote der Moral zu Rechtssätzen erheben. Eine solche Verwischung der Grenze zwischen Moral und Recht führe zu der größten Unsicherheit. — In diesem Sinne bestimmte auch die Reichstagsvorlage des Entwurfs im § 810, daß zum Ersatz des Schadens verpflichtet sei, „wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt, Schaden . . . zufügt."

Nur mit der so allgemeinen Fassung des heutigen § 826, der gerade in seiner Allgemeinheit genau so wie § 242 als überpositiv zu bezeichnen ist, d. h. der auch gälte, wenn er nicht in das BGB. aufgenommen wäre, sind Urteile, wie RG. Bd. 61 S. 364[3]) oder wie bei Jung[4]) angeführt, möglich.

RG. 61/359 behandelt jenen markanten Fall, in dem das Reichsgericht nicht einmal vor dem Institut der Rechtskraft Halt macht. Die in § 580 ZPO. erfolgte erschöpfende Aufzählung der Tatbestände, bei deren Vorliegen Restitutionsklage möglich ist, wird zu Gunsten des gerechten Urteils durchbrochen. — Das Urteil ist von zahlreichen Seiten als ein Angriff auf die Rechtssicherheit angesehen worden, so vor allem von Stein, Hellwig[5]). Aber zutreffend sagt das Reichsgericht: „Die Wirkung der Rechtskraft muß da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechts zu geben. Die formale Rechtskraft des ergangenen Judikats steht der Anwendung des § 826 nicht entgegen." (S. 365.)

---

[1]) Formalismus und Freirechtsschule, a. a. O. S. 488.
[2]) Protokolle d. Komm. f. d. 2. Lesung, Berlin 1898, S. 577.
[3]) Vgl. Pommer a. a. O. S. 28.
[4]) Bürgerliches Recht.
[5]) Recht, 1910, S. 713.

Klarer wie hier kann die Methode der wahrsten Urteilsfindung nicht ausgesprochen werden. Das Gesetz ist nicht immer der Hüter des Rechts; wo ein Gesetz dem Recht widerspricht, da muß das höchste Gericht das formale, unrichtige Gesetz dem Gedanken der Gerechtigkeit zum Opfer bringen. Freilich läuft das auf einen Rechtsbruch hinaus, aber gerade der Gedanke an den Rechtsbruch ist das retardierende Moment, das dem Richter jedes, besonders aber des höchsten, d. h. instanzenlosen, Gerichts die Verantwortung deutlich macht und ihn ein gerechtes Urteil unter höchster Selbstkontrolle mit allen Mitteln der Erfahrung und des Geistes finden läßt; es ist dieses Moment, das dem Recht trotz des Rechtsbruchs seine Rechtssicherheit nicht nimmt, das vielmehr auch in diesem schwierigen Falle das ideale Zusammentreffen von Rechtssicherheit und gerechtem Urteil gewährleistet.

Die glänzende Entfaltung des Inhalts des § 826 beweist auch nach Manigk (a. a. O.) nur, „daß die in § 826 normierte Erheblichkeit des Verstoßes gegen die guten Sitten für den konkreten Fall ein genaues Eingehen auf die beteiligten Interessen und deren Würdigung fordert. Dieses Eingehen auf den konkreten Fall ist aber nicht nur nötig, sondern das einzig Mögliche; denn § 826 enthält nicht im Sinne des Gesetzes einen positiven Rechtssatz, sondern er normiert gewissermaßen nur ein Grundrecht der Rechtsordnung. Ist aber das Grundrecht der Stern, nach dem im Einzelfall das Urteil gerichtet werden kann, dann ist damit auch die Bildung eines positiven (gesetzes- oder gewohnheitsrechtlichen) Rechtssatzes unnötig, ja unmöglich.

Solche zweifelhaften Fälle, die vom Richter nur contra legem entschieden werden können, um das gerechte Urteil zu gewähren, sind Grenzfälle, die zwischen rechtlicher und sittlicher Welt liegen und deren Abgrenzung, ob sie rechtlich oder nach der Sitte zu entscheiden sind, niemals durch einen positiven Rechtssatz erfolgen kann.

Nur der Richter kann hier durch seine Persönlichkeit im Einzelfalle die Scheidung finden.

Wo die rechtliche Würdigung aufhört, fängt die sittliche Welt an. Die flüssige Grenze zwischen beiden ist nur mit dem Blick auf die richtungweisende Idee des Rechts im einzelnen bestimmbar.

Hier liegt die Grenze, der Markstein für die Wirksamkeit, deshalb für die Anwendbarkeit des Rechtssatzes.

Lebenslauf.

Ich bin am 11. Dezember 1903 in Mühlhausen/Thür. als Sohn des Mittelschullehrers Andreas Koch und seiner Ehefrau Emma, geb. Loßmann geboren.

Von Ostern 1913 bis zu der Ostern 1922 bestandenen Reifeprüfung besuchte ich das humanistische Gymnasium meiner Vaterstadt.

Von Ostern 1922 bis zum Herbst 1924 war ich bei einer Mühlhäuser Maschinenfabrik in der kaufmännischen Lehre. Vom Wintersemester 1924/25 an widmete ich mich an der Universität und der Technischen Hochschule in München und der Universität Frankfurt/Main wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Studien. Ende des Sommersemesters 1927 bestand ich an der Universität Frankfurt/Main die kaufmännische Diplomprüfung. Ich wandte mich dann an den Universitäten München und Marburg gänzlich dem Studium der Rechtswissenschaft zu und bestand am 13. November 1929 vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 13. Mai 1930. Nach Ernennung zum Referendar begann ich die praktische Ausbildung am Amtsgericht in Mühlhausen i. Thür. Zur Zeit bin ich im Bezirk des Oberlandesgerichts Kiel tätig.

Für die Anregung zu der Dissertation und für wohlwollende wissenschaftliche Förderung danke ich Herrn Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk in Marburg auch an dieser Stelle.

Herrn Prof. Dr. Jung in Marburg bin ich für die freundliche Überlassung von Druckbogen des demnächst erscheinenden „Bürgerlichen Rechts" zu Dank verpflichtet.

Mühlhausen/Thür., Weihnachten 1930.

Wilhelm Koch.